

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

L'ESPIONNAGE

ET

LA TRAHISON

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le mardi 1^{er} juin 1926, à 2 heures

PAR

PIERRE CAVADIA

Diplômé de l'Institut de criminologie
et de l'Ecole des Sciences politiques

Président : M. DONNEDIEU DE VABRES, professeur

Suffragants : { *MM. HUGUENEY, professeur*
MOREL, professeur

PARIS

JOUBE & C^{ie} ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

—
1926

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

L'ESPIONNAGE

ET

LA TRAHISON

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le mardi 1^{er} juin 1926, à 2 heures

PAR

PIERRE CAVADIA

Diplômé de l'Institut de criminologie
et de l'Ecole des Sciences politiques

Président : M. DONNEDIEU DE VABRES, professeur

Suffragants : { MM. HUGUENEY, professeur
MOREL, professeur

PARIS

JOUBE & C^e, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

1926

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



L'ESPIONNAGE

ET

LA TRAHISON

INTRODUCTION

L'espionnage et la trahison sont des actes dont se sont préoccupés les législateurs depuis qu'il y a des Etats entre lesquels la paix n'est pas assurée, qui font la guerre et la préparent. La trahison a toujours été réprimée. Quant à l'espionnage, on l'a souvent considéré comme un simple moyen de faire la guerre; puis il est devenu un moyen de la préparer. Et la question s'est alors posée de savoir s'il ne convenait pas de le prévoir et de le punir, non seulement au cours d'une guerre étrangère, mais aussi en temps de paix, alors qu'il peut être seulement question de fournir des renseignements à un Etat étranger. Faut-il insister sur l'importance qu'a pris, dans la dernière guerre, le service d'espionnage et de contre-espionnage? Les informations ont porté sur des matières tout à fait nouvelles, sur l'application de procédés scientifiques, sur la propagande politique, sur la mentalité des populations.

Chacun des belligérants a apporté dans l'organisation de ces services délicats, où l'on fait appel aux passions les plus basses, en même temps qu'aux sentiments les plus élevés, des méthodes spéciales, conformes à sa psychologie et à ses habitudes administratives. Les espions et les agents du contre-espionnage ont eu recours à un nombre relativement modéré de procédés pour communiquer avec leurs chefs. De même les autorités chargées d'assurer l'immunité du territoire, la poursuite des espions, ont un peu partout poursuivi des tactiques analogues.

Il est impossible, à l'heure actuelle, d'admettre que tout individu puisse impunément recueillir des renseignements sur la situation politique, économique et militaire d'un pays et en faire profiter le gouvernement de son propre pays. Aujourd'hui, en effet, l'état de guerre et l'état de paix ne sont plus nettement séparés. Les manœuvres d'avant-guerre préparent les hostilités et en assurent le succès. La nécessité et la justice d'une législation répressive de l'espionnage, même durant la paix, ne sont donc pas contestables (1).

Un bon système répressif de tous les actes dirigés contre la sûreté extérieure de l'Etat est une nécessité vitale pour toutes les nations contemporaines. Il fait, non moins que la préparation militaire et économique à la guerre éventuelle, partie intégrante de la struc-

1. V. Routier, *L'espionnage et la trahison en temps de paix et en temps de guerre*, 1913 ; Donnedieu de Vabres, *Revue internationale de droit pénal*, 1925.

ture défensive du territoire, de la souveraineté et de l'indépendance de la nation.

Or, s'il est une observation qui ait été justement faite à maintes reprises, c'est bien celle qui touche au caractère incomplet et hétérogène de notre législation relative à la trahison et à l'espionnage.

L'ensemble des textes sur les crimes et les délits intéressant la sécurité extérieure de l'Etat aboutit, en effet, au système suivant :

La trahison est punie d'une manière générale, par le Code pénal ; d'une façon spéciale aux militaires par les codes de justice militaire.

L'espionnage est puni par les codes de justice militaire pour certains faits accomplis en temps de guerre ; par la loi de 1886, pour des actes d'espionnage accomplis, soit en temps de paix, soit en temps de guerre.

Les autres délits contraires à la défense nationale sont punis par la loi de 1886.

La législation n'a pas prévu tous les actes qu'il pourrait y avoir intérêt à incriminer comme actes d'espionnage ou comme actes de trahison, et pour ceux d'entre eux qu'elle prévoit, ils ne sont atteints que de peines parfois insuffisantes. Ainsi le fait de voir, dans la trahison, un crime politique et de combiner, en conséquence, l'article 5 de la Constitution de 1848 avec les dispositions du Code pénal, permet au traître d'échapper toujours à la peine de mort, sauf (1) quand les

1. Sauf encore la mise en état de siège qui entraîne l'application du Code de justice militaire à toute personne, civil

deux circonstances suivantes se rencontrent : 1^o s'il est militaire ; 2^o s'il a agi dans l'intérêt d'une puissance qui, au moment du crime par lui commis, était en guerre avec la France. Si ces deux conditions sont réalisées, ce ne sont plus les dispositions du Code pénal qui lui sont appliquées, mais celles des codes militaires, lesquelles sont postérieures à la Constitution de 1848 et punissent expressément les traîtres de la peine de mort. En tout autre cas, la plus forte des peines auxquelles on les condamne est celle de la déportation dans une enceinte fortifiée.

Cette insuffisance et cette complexité de notre législation répressive de la trahison et de l'espionnage proviennent de ce que cette législation s'est formée en quelque sorte par morceaux. Il est aisé de s'en rendre compte grâce à une rapide esquisse de son évolution.

ou militaire, comme dans toute l'étendue des territoires qui s'y trouvent soumis, pour la répression des infractions énumérées dans le Code de justice militaire, article 46. (L. 27 av. 1916.)

LE CODE PÉNAL ET LES CODES DE JUSTICE MILITAIRE

Notre législation pénale moderne eut deux origines : les unes lointaines, les autres contemporaines des événements de la Révolution.

Peut-être serait-ce faire une œuvre assez vaine d'érudition que de rechercher, dans le droit romain (1) et dans les lois barbares, les dispositions incriminant la trahison. Au moyen âge, nous voyons les idées féodales de la félonie se combiner avec les idées romaines de lèse-majesté pour concourir à l'incrimination dont il s'agit. Nos anciennes ordonnances, enfin (2) punissaient de la peine de mort : 1^o le fait « d'avoir machiné ou entrepris contre la République du Royaume » (ord. de Villers-Cotterets, de 1531 art. 1^{er}) ; 2^o de recevoir « aucune lettre ou message de quelque prince ou seigneur que ce fût, ennemi du roi » (ord. du 24 juillet 1534, art. 37) ; 3^o « de pratiquer, avoir intelligence, envoyer et recevoir lettres écrites en chiffre, ni aucune écriture, feinte ni déguisée, à princes étrangers pour

1. Sentences de Paul, titre 29, 1. L. 1 et 1 Dig., *Ad legem Jul. maj.*, L. 3 cod. ; L. 4, 6, 10 cod.

2. Muyart de Vouglans, *Lois criminelles*, livre 3, titre 2, p. 137 à 139.

des choses concernantes à l'Etat » (ord. de 1563, art. 7 et 9) ; 4^o d'entrer « en aucune association, intelligences, participation ou ligue offensive ou défensive avec princes potentats, républiques, dedans ou dehors du royaume » (ord. de Blois de 1579, art. 183) ; 5^o de recevoir des princes étrangers, ni dons, ni présents, ni lettres en correspondance (ord. 14 avril 1615).

Indépendamment de ces origines lointaines, dans lesquelles il puise, pour les transformer, des dispositions concernant le crime de lèse-majesté, le législateur moderne avait comme source immédiate la législation révolutionnaire.

Le Code pénal de 1791 se propose d'atteindre les agissements des émigrés, qui étaient accusés d'exciter les gouvernements étrangers à faire la guerre en France pour étouffer la Révolution. De son côté, Napoléon préconisait des mesures justifiées par l'état de guerre continuel où se trouvait alors la France.

Les dispositions du Code de 1810 tendirent donc à prévoir et à réprimer des actes consistant dans un appui donné à une puissance étrangère en guerre avec la France ou dont on voulait déchaîner l'hostilité par des manœuvres d'avant-guerre (art. 75 et suiv.).

Quelques dispositions du Code pénal furent modifiées par suite de l'abolition de la peine de mort en matière politique, consacrée par l'article 5 de la Constitution du 4 novembre 1848, qui s'étend à tous les cas où cette peine est prononcée par les textes du Code pénal réprimant les crimes et délits contre la sûreté

de l'Etat. La peine capitale fut remplacée, dans toutes ces dispositions, par la déportation dans une enceinte fortifiée (loi du 8 juin 1850).

Le Code de justice militaire, promulgué le 9 juin 1857 (art. 204 à 208) et le Code pénal maritime du 4 juin 1858 (art. 262 à 266) réglèrent la trahison et l'espionnage en temps de guerre.

En conséquence de cette évolution à l'époque moderne, et en droit positif français, une distinction essentielle domine toute la matière des faits délictueux intéressant la sûreté extérieure de l'Etat. Cette distinction, qui commande le classement et la sanction des infractions dont il s'agit, est celle du temps de guerre et du temps de paix.

En temps de guerre, tout acte constitutif de trahison ou d'espionnage est puni grâce au caractère très compréhensif des articles du Code pénal réprimant la trahison en temps de guerre. Les faits incriminés sous ces qualifications sont prévus par deux catégories de dispositions : Le Code pénal ordinaire (art. 75 à 85) et les codes de justice militaire (C. de 1857, art. 204 et suiv. ; C. de 1858, art. 262 et suiv.). Par la généralité de leurs termes, les dispositions du Code pénal ordinaire paraissent plus complètes que celles des codes de justice militaire. Trois hypothèses sont, du reste, possibles :

1^o Le même fait est prévu par les deux lois : la qualité de la personne détermine alors le domaine respectif de chacune d'elles : les militaires et marins seront

régis par les codes de justice militaire et maritime ; les civils par le Code pénal.

2^o Un fait, non prévu par la loi ordinaire, a été spécialement incriminé par les codes militaires : il constitue alors un crime spécial qui, sauf disposition contraire, concerne exclusivement les militaires et marins ;

3^o Les lois militaires n'énumèrent pas tous les cas indiqués, en termes généraux, par le Code pénal ; la règle qu'il convient alors de suivre, pour les militaires eux-mêmes, a été formulée en ces termes par le rapport au Corps législatif sur le Code militaire de 1857 : « La loi spéciale emprunte quelquefois à la loi générale ; quelquefois, elle y ajoute ; mais quand elle n'y déroge pas d'une manière expresse, la loi générale conserve son empire. » Cette observation s'applique au crime de trahison comme à tous les autres crimes ou délits.

En temps de paix le Code pénal réprime tous les actes qui peuvent avoir pour résultat d'amener des hostilités, mais il n'en réprime pas d'autres. L'espionnage est demeuré en dehors de ses prévisions.

LA LOI DE 1886

Le Code pénal ne punissait que les intelligences et trahisons entretenues avec un Etat étranger dans le but d'amener cet Etat à faire la guerre à la France ou à lui en fournir les moyens.

Seuls les codes militaires avaient prévu, en temps de guerre, les actes consistant à se procurer la possession ou la connaissance des secrets militaires, c'est-à-dire les faits d'espionnage.

C'est pourquoi, à côté du Code pénal et des codes militaires, dont les dispositions subsistèrent, fut votée la loi du 18 avril 1886, instituant une série d'incriminations destinées à combler les lacunes de la législation alors en vigueur.

Depuis 1886, il n'est intervenu en notre matière que la loi du 14 novembre 1918 (confiscation générale).

PROJETS DE LOI

La loi de 1886 était à peine en vigueur qu'on envisageait sa modification (1).

Nombreuses étaient les critiques qu'on lui adressait.

1. V. sur les projets de loi relatifs à la trahison et à l'espionnage, Garraud, *op. cit.*, p. 553.

Les principales étaient relatives à l'insuffisance des peines, à l'élasticité du texte qui permettait aux espions d'échapper aisément à la répression, à l'absence de discrimination entre le délit d'espionnage et le crime de trahison, à la qualification de crime ou délit politique attribuée à l'espionnage et à la trahison.

Un nouveau projet fut déposé à la Chambre des Députés le 20 octobre 1890. Après diverses propositions d'initiative parlementaire, qui se succédèrent sans résultat (1), le gouvernement reprit l'initiative en décembre 1893. Le projet, rapporté par M. Marc Sauzet, fut voté par la Chambre des Députés. Il incorporait au code pénal et aux codes de justice militaire les dispositions sur la trahison et l'espionnage. Les crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'Etat ne pouvaient plus être considérés comme ayant un caractère politique ; la peine de mort était prononcée ; les peines de l'espionnage aggravées ; la compétence était attribuée aux Conseils de guerre pour juger tous les crimes ou délits prévus par les nouveaux articles 75 à 83, quelle que fût la situation de leur auteur, civil ou militaire, national ou étranger.

Mais le gouvernement, absorbé par les incidents de l'affaire Dreyfus, ne poursuivit pas l'adoption de ce projet. Le projet de 1911 remplaçait la loi du 18 avril

1. Proposition Morellet, tendant à faire déclarer expressément que les crimes et délits contre la défense nationale ne pourraient jamais être considérés comme politiques ; proposition Monservin.

1886 par une nouvelle loi sur l'espionnage, laissant au code pénal la répression de la trahison. « La caractéristique de tous les projets antérieurs, lit-on dans l'Exposé des Motifs (1), était une rigueur extrême, puisque tous édictaient la peine de mort et celle des travaux forcés à perpétuité dans des cas nombreux. C'est peut être dans l'exagération des peines proposées, et même dans la crainte de représailles de la part de législations étrangères, qu'il faut chercher la raison de l'échec de tous les projets. Mais il semble que leur défaut capital commun était de reposer sur une confusion entre l'espionnage et la trahison. » Critique d'autant moins exacte que, comme nous le verrons, la distinction avait été présentée très clairement par le rapporteur du projet de 1893.

Il conviendrait d'aborder enfin, dans son ensemble, la question de la refonte de notre législation répressive des crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'Etat, d'introduire dans cette législation l'unité et la cohésion qui lui manquent, de lui faire subir les réformes désirables.

Quelles idées doivent présider à ce travail de synthèse et de réforme? On ne saurait répondre à cette question qu'après s'être livré à l'étude analytique et critique de la législation actuelle.

Un fait domine tous les autres : celui de la qualifi-

1. Exposé des Motifs, Doc. parlam., Chambre des Députés, session ordinaire, annexe 1210, p. 1053.

cation de la trahison et de l'espionnage. Son examen nous occupera d'abord (chap. I^{er}).

Les questions de compétence et celles qui concernent la nationalité du coupable seront ensuite passées en revue (chap. II et III).

CHAPITRE PREMIER

QUALIFICATION DE LA TRAHISON ET DE L'ESPIONNAGE

La qualification de la trahison et de l'espionnage est une question très délicate et complexe. Pour la résoudre, il convient d'abord d'étudier les textes et de préciser les incriminations qu'ils établissent, puis de rechercher un critérium de distinction spécifique entre la trahison et l'espionnage.

SECTION I

Les textes

Les crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'Etat sont prévus et incriminés par les articles 75 à 85 du Code pénal.

L'article 75 punit le port d'armes contre la France.

Les articles 76 à 83 prévoient des faits qui, plus secrets, plus lâches, et plus immoraux, par conséquent, que le port d'armes contre la France, offrent à un plus haut degré encore que ce crime le caractère d'actes de trahison.

Les articles 81 à 83 du Code pénal, la loi du 18 avril 1886 visent particulièrement l'espionnage.

Mais la démarcation entre la trahison et l'espionnage étant très incertaine en législation positive, ce n'est que sous réserve que nous diviserons l'étude des textes en deux parties, l'une relative à la trahison, l'autre relative à l'espionnage.

PREMIÈRE PARTIE

LA TRAHISON

PORT D'ARMES CONTRE LA FRANCE •

L'article 75 du code pénal dispose que tout « Français qui aura porté les armes contre la France sera puni de mort ».

Les éléments constitutifs du crime sont au nombre de deux : 1^o la qualité de Français chez le coupable ; 2^o le fait d'avoir porté les armes contre la France.

L'examen du premier élément trouvera sa place, plus loin, parmi les questions relatives à la nationalité de l'agent.

Le deuxième élément est le fait d'avoir porté les armes contre la France. Se trouve-t-il réalisé dès l'instant que l'accusé a été publiquement enrôlé parmi les troupes d'une puissance étrangère dirigées contre la France et engagées réellement contre elles ? Est-il au contraire nécessaire de constater, à la charge de l'accusé, un acte d'hostilité, un usage matériel de ses

armes contre la France, une participation à un combat? L'article 75 du Code pénal avait reçu une interprétation extensive dans les décrets du 6 avril 1809 et du 26 août 1811. L'article 2 du décret de 1809 décidait : « Seront considérés comme ayant porté les armes contre nous, tous ceux qui auront servi dans les armées d'une nation qui était en guerre contre la France ; ceux qui seront pris sur les frontières ou en pays ennemi porteurs de congés des commandants militaires ennemis ; ceux qui, se trouvant au service militaire d'une puissance étrangère ne l'ont plus quittée ou ne la quitteront pas pour rentrer en France aux premières hostilités survenues entre la France et la puissance qu'ils ont servie ou qu'ils servent ; ceux enfin qui, ayant pris du service militaire en pays étranger, rappelés en France par un décret publié, dans les formes prescrites pour la publication des lois, ne rentreront pas conformément audit décret dans le cas toutefois où, depuis la publication, la guerre aura éclaté entre les deux puissances... » Et l'article 27 du décret de 1811 portait encore : « Notre décret du 6 avril 1809 continuera d'être exécuté notamment à l'égard des Français qui, étant entrés sans notre autorisation au service d'une puissance étrangère, y sont demeurés après la guerre déclarée entre la France et cette puissance. Il seront considérés comme ayant porté les armes contre nous par cela seul qu'ils auront continué à faire partie d'un corps militaire destiné à agir contre l'empire français ou ses alliés ».

Dans l'interprétation des décrets de 1809 et de 1811,

étaient donc considérés comme ayant porté les armes contre la France : ceux qui n'étaient pas rentrés en France aux premières hostilités, après avoir pris du service militaire à l'étranger, et ceux qui s'étaient enrôlés dans une armée étrangère en guerre contre la France ou ses alliés.

En ce qui concerne l'enrôlement, les décrets ne faisaient aucune distinction ; ils frappaient, pour port d'armes contre la France, les individus ayant pris du service à un titre quelconque, même en qualité d'auxiliaires (armuriers, cuisiniers, comptables, ingénieurs, médecins, officiers de santé ou infirmiers) dans un corps militaire concourant d'une manière quelconque à une action contre la France ou ses alliés.

Il n'était pas nécessaire, d'après les mêmes décrets, que le coupable eût pris une part effective à un combat.

Les décrets ont été abrogés par la loi du 26 juin 1889, mais aujourd'hui encore, on interprète largement le crime de port d'armes contre la France ; le fait d'être incorporé à une armée étrangère en guerre, à n'importe quel titre, suffit à le constituer, alors même que l'accusé ne s'est pas battu.

Ajoutons que le crime visé par l'article 75 du code pénal ne peut être commis qu'en cas de guerre étrangère. L'hypothèse d'une guerre civile n'a pas été prévue par ce texte. Il est légitime, en effet, de considérer que des insurgés, combattant des troupes régulières, ne portent pas les armes contre leur pays, puisqu'ils ont la prétention, justifiée ou non, de réformer dans un sens favo-

nable ses institutions. Cette dernière considération deviendrait sans valeur ou perdrait, tout au moins, une grande partie de sa valeur, si l'armée insurgée appelait à son secours une armée étrangère ; le port d'armes dans les rangs de l'insurrection, pourrait alors, semble-t-il, être regardé comme port d'armes contre la France.

Le crime de port d'armes contre la France a un caractère politique. La peine de mort, prononcée par l'article 75 du code pénal, doit donc être remplacée par celle de la déportation dans une enceinte fortifiée (décret 26 février 1848, constitution 5 novembre 1848 art. 5 et loi 5 avril 1850, art. 1).

Mais il faut remarquer que le fait de porter les armes contre la France prend un caractère différent, lorsqu'il est commis par un individu faisant partie des armées françaises de terre ou de mer : il est alors puni de mort avec dégradation militaire (art. 204 Just. militaire).

TRAHISON MILITAIRE EN TEMPS DE PAIX

Aux termes de l'article 76 du code pénal « quiconque aura pratiqué des machinations ou entretenu des intelligences avec les puissances étrangères ou leurs agents, pour les engager à commettre des hostilités ou à entreprendre la guerre contre la France, ou pour leur en procurer les moyens, sera puni de mort. Cette disposition aura lieu dans le cas même où lesdites machinations ou intelligences n'auraient pas été suivies d'hostilités ».

De cette disposition il résulte que le crime se trouve réalisé par la réunion de trois éléments :

1^o La pratique de machination ou l'entretien d'intelligence ;

2^o Avec une puissance étrangère ou ses agents ;

3^o Dans l'intention de déterminer la guerre contre la France ou de procurer aux agents de la puissance étrangère les moyens d'entreprendre une telle guerre.

Il y a lieu d'examiner avec quelque attention chacun de ces éléments.

La loi n'a pas défini les machinations et intelligences. Une semblable définition, soit par le moyen d'une formule générale, soit par la voie d'une énumération détaillée (1), eût été impossible. Un pouvoir discrétionnaire et, par cela même, arbitraire, est donc laissé aux juges pour reconnaître quels sont les faits caractéristiques des machinations ou intelligences. Serait-il préférable de substituer à ces mots ceux de conspiration contre l'Etat ? « Je ne vois pas bien, répond avec raison M. Garraud (2), l'avantage de cette substitution, les seconds étant aussi vagues que les premiers. Quels sont les faits constitutifs d'une conspiration ? Il serait aussi difficile de les déterminer que de spécifier en quoi consistent les intelligences ou machinations dont parle la loi. On peut rapprocher, du reste, ces expressions de celles qu'employait la loi du 27 février 1858, dite de

1. V. observations faites au cours de la discussion au Conseil d'Etat, Locré, t. XXIX, p. 335 et 336.

2. *Op. cit.*, p. 525, note 2.

sûreté générale, aujourd'hui abrogée (art. 2), punissant « tout individu qui, dans le but de troubler la paix publique ou d'exciter à la haine ou au mépris du gouvernement de l'empereur, a pratiqué des intelligences soit à l'intérieur, soit à l'étranger » (1).

Mais il ne saurait y avoir de trahison, d'intelligences ou de machinations que si l'inculpé s'est mis en rapport avec les agents d'une puissance étrangère. Le mot agent de l'article 76 ne suppose pas la preuve d'une mission officielle donnée à l'intermédiaire par la puissance pour laquelle il travaille. Le loi prévoit seulement le concert qui a lieu avec toute personne agissant dans l'intérêt du gouvernement étranger. Il serait, sans cela, trop facile aux puissances étrangères de se procurer sans risque des traîtres en désavouant, au besoin, leurs instruments secondaires (2).

Les machinations ou intelligences ne sont punissables qu'autant qu'elles ont pour objet d'engager les puissances étrangères à commettre des hostilités ou à entreprendre la guerre contre la France, ou de leur en procurer les moyens. L'incrimination exige donc chez l'agent une intention caractérisée, une provocation, par intelligences ou machinations, à commettre des hostilités ou à en procurer les moyens. Le crime est

1. Sur ce délit, v. Cass. 11 décembre 1858 et D. 59.1.525. Cass. 16 août 1862, et D. 63.1.231; Dutruc, *J. du Minist. public*, t. I, p. 14 et les discours de Talhouet, Baroche et Emile Ollivier, lors de la discussion de la loi de sûreté générale, et *Lois annotées*, 1858, 23.

2. Garraud, *op. cit.*, p. 525.

constitué par la réalisation de l'une seule des alternatives visées par la loi. La qualification, de même que la question posée au jury, pourrait donc avoir pour objet cette seule alternative. Mais il sera préférable, pour ne pas restreindre l'appréciation du juge ou du jury sur un point trop délimité, de présenter toutes ces alternatives (1).

L'article 76 punit de la même peine les machinations ou intelligences, qu'elles aient ou non été suivies d'effet. Le résultat est, au contraire, pris en considération par les législations pénales belge, allemande et italienne. Le Code pénal belge (art. 114) punit de la détention perpétuelle le cas où les hostilités ont suivi les machinations ou manœuvres et ne prononce, dans le cas contraire, la détention que pour une durée de dix à quinze ans. Le même système est accepté par l'article 87 du code pénal allemand. Le code pénal italien (art. 106) punit de la réclusion de huit à vingt ans quiconque entretient des intelligences avec un gouvernement étranger ou avec des agents de ce gouvernement, ou commet d'autres faits de nature à provoquer des hostilités ; mais il punit de l'ergastola les mêmes faits « si le dessein conçu est réalisé ». La loi pénale française ne fait pas de semblables distinctions. Si les machinations ou intelligences n'ont pas été suivies d'effet, elles sont punies comme acte préparatoire, comme infraction *sui generis* ; si elles ont été suivies d'effet

1. Garraud, *op. cit.*, p. 526.

elles sont punies comme acte d'exécution ; la même peine est applicable dans l'une et l'autre hypothèse. Ce que la loi veut atteindre, ce n'est pas la déclaration de guerre, ce ne sont pas les hostilités, ce sont les machinations et les intelligences qui, à elles seules, forment les éléments du crime spécial dont il s'agit, et dont la déclaration de guerre ou les hostilités ne sont que le but et les conséquences. Or, dès que ces machinations ou intelligences ont été pratiquées ou entretenues, il y a consommation du crime. Il en résulte que le crime étant consommé par le fait même des machinations, le repentir de l'agent ne peut plus l'effacer, à moins cependant qu'il ne fut prouvé qu'en retirant son concours à la nation étrangère, l'agent a mis celle-ci dans l'impossibilité d'agir contre la France.

Le code pénal prononçait contre le crime de l'article 76 la peine de mort et celle de la confiscation générale. Or la peine de mort doit être remplacée par celle de la déportation dans une enceinte fortifiée, étant donné le caractère politique du fait incriminé. D'autre part la confiscation générale a été abolie par la charte de 1814, et la loi de révision de 1832 a fait disparaître de l'article 76 ces mots : « et ses biens seront confisqués » ; cette peine a été rétablie par un texte récent, la loi du 14 novembre 1918, qui n'a du reste pas été incorporée au code pénal.

TRAHISON MILITAIRE EN TEMPS DE GUERRE

L'article 77 du code pénal dispose : « Sera également puni de mort quiconque aura pratiqué des manœuvres ou entretenu des intelligences avec les ennemis de l'Etat, à l'effet de faciliter leur entrée sur le territoire et dépendances de la République, ou de leur livrer des villes, forteresses places, postes, ports, magasins, arsenaux, vaisseaux ou bâtiments appartenant à la France, ou de fournir aux ennemis des secours en soldats, hommes, argent, vivres, armes ou munitions, ou de seconder les progrès de leurs armes sur les possessions ou contre les forces françaises de terre ou de mer, soit en ébranlant la fidélité des officiers, soldats, matelots ou autres, envers l'Etat, soit de toute autre manière. » Cette disposition, qui dérive directement du code pénal de 1791 (2^e partie, titre 1^{er}, section 1^{re}, art. 77), suppose que la guerre a éclaté entre la France et une puissance étrangère ; c'est ce qu'a reconnu la Cour de Cassation, dans son arrêt du 28 novembre 1843 (1). Dans ses conclusions, le Procureur Général Dupin s'exprimait alors ainsi : « Les articles 77 et 79 (et leurs propres expressions le disent) supposent que la France est en guerre, non pas sourde et présumée, mais ouverte et déclarée avec une autre puissance. En un mot, ils supposent qu'on est en guerre de fait et de droit. » (2)

1. S. 1834.1.822.

2. *Hostes hi sunt, qui nobis aut quibus nos publice bellum*

L'article 77 punit le fait d'avoir, postérieurement à une déclaration de guerre, pratiqué des manœuvres ou entretenu des intelligences avec les ennemis de l'Etat, à l'effet d'atteindre l'un des quatre buts indiqués par le texte. « Interprété dans son esprit et même dans sa lettre, dit M. Garraud (1), l'article 17 pourrait suffire à lui seul à la répression de tous les actes de trahison portant atteinte, en temps de guerre, à la sécurité de la nation. Il forme une sorte de réservoir commun dans lequel on peut puiser toutes les armes nécessaires à la défense contre la trahison. »

Les éléments constitutifs de ce crime sont au nombre de trois :

- 1^o manœuvres et intelligence ;
- 2^o pratiquées ou entretenues avec des ennemis de l'Etat ;
- 3^o Tendant à atteindre l'un des buts indiqués par le texte.

La loi ne définit pas plus dans l'article 77 que dans l'article 76 les expressions « manœuvres et intelligences ». Il faut entendre par là tout moyen et tout acte dont l'objet est la perpétration de l'un des faits prévus par l'article 77, par exemple des lettres échangées, l'envoi de plans, de renseignements, des distributions d'argent, des promesses faites, des livraisons de marchandises, etc. (2).

decrevimus... Loi 118 D. de verb. signif. Cf. Blanche, II, n^o 425, qui rapporte et approuve l'arrêt de 1834 ; Chauveau et Hélie, II, n^o 425 ; Garraud, *op. cit.*, p. 527.

1. *Op. cit.*, p. 528.

2. V. note du *Journal Officiel* du 27 juillet 1870.

Les intelligences ou manœuvres ne sont incriminées que si elles ont été pratiquées et entretenues avec les ennemis, c'est-à-dire ceux qui se trouvent en état de guerre ouverte et déclarée avec la France; si un tel état n'existait pas, l'article 77 ne serait pas applicable. Mais le fait rentrerait dans le domaine de l'article 76 si les manœuvres ou intelligences avaient eu pour objet d'engager les puissances étrangères ou leurs agents à commettre des hostilités.

« Les manœuvres ou intelligences punies par l'article 77 sont celles qui ont pour objet les faits suivants :

1^o Le fait de faciliter l'entrée de l'ennemi sur le territoire et dépendances de la France.

2^o Le fait de livrer aux ennemis les villes, forteresses, places, postes, ports, magasins, arsenaux, vaisseaux ou bâtiments appartenant à la France. Lorsqu'il est commis par des individus appartenant à l'armée, ce fait criminel tombe à la fois sous le coup de l'article 77 du code pénal et sous le coup des articles 205 et suivants du code de justice militaire de 1857 et 263 et suivants du code de justice maritime de 1858.

3^o Le fait de fournir à l'ennemi des secours en soldats, argent, vivres et munitions.

L'agent qui fournit à l'ennemi des secours en soldats et en munitions ne peut agir que dans une intention coupable ; quel que soit le nombre des soldats et la nature des munitions qu'il a livrés, sa culpabilité est indubitable. Il n'y a donc pas à s'inquiéter de savoir si les soldats fournis à l'ennemi sont français ou étran-

gers ou s'ils appartiennent à la nationalité du pays avec lequel la France est en guerre. Ainsi un complot, suivi d'un commencement d'exécution, tendant à ramener à l'ennemi des prisonniers de guerre retenus sur parole, a les caractères du crime visé par l'article 77 (1). Si les soldats fournis à l'ennemi servent sous le drapeau de la France, le fait constitue à la fois le crime spécial d'embauchage (C. just. mil. de 1887, art. 208 ; C. just. mar. de 1858, art. 265) et le crime de trahison prévu par l'article 77.

Mais supposons qu'il s'agisse de fourniture d'argent ou de vivres à l'ennemi. Convient-il alors d'introduire une distinction et de dire que l'accusé n'est pas passible de l'article 77 s'il a fait les fournitures dans un but autre que de favoriser l'action de l'ennemi, par exemple dans un but de lucre? M. Garraud a répondu affirmativement à cette question. D'après lui « l'individu qui s'est mis spontanément en relation directe avec une armée ennemie pour devenir l'un de ses fournisseurs en vivres, argent, approvisionnements, s'il n'a songé qu'à faire un gain illicite, n'est pas passible de la disposition qui nous occupe, en admettant même que les fournitures aient été faites, ou du moins, commencées ». Or, pour essayer de détruire la portée de la solution contraire, qui résulte d'un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation du 8 juin 1872 (2),

1. Cass. Crim. 5 juin 1812 D. J. G., 1^o *Crimes et délits contre l'Etat*, n^o 31 ; Blanche, t. 2, n^o 426; Garraud, *loc. cit.*, 42.7.529.
2. D. 72.1.381.

M. Garraud s'exprime ainsi (1) : « J'admets bien avec l'arrêt, que le fait de fournir des vivres peut constituer l'élément matériel du crime. Mais le but tout spécial que l'agent doit avoir en vue et qui forme l'élément moral du crime prévu par l'article 77, quel est-il ? Il résulte de la qualification donnée par la loi que le fait d'avoir fourni aux ennemis de l'Etat des secours en vivres, argent, etc. n'est punissable que si le secours a été prêté, non pas uniquement dans un but de lucre (*lucri faciendi animo*), mais dans une intention hostile à la France, dans un dessein de trahison ». A notre avis la distinction que l'on propose de suivre ici résulte d'une confusion de l'intention et du mobile : peu importe que le but, c'est-à-dire le mobile de l'agent, ait été principalement de réaliser un gain illicite ou de commettre un acte de trahison, cet agent a bien eu la volonté de commettre les faits constitutifs du crime prévu par l'article 77. L'intention, élément moral de ce crime, s'ajoute donc à l'élément matériel, et rend le coupable passible des peines de l'article 77 (2).

4^e Le fait de seconder les progrès de l'ennemi sur les possessions ou contre les forces françaises de terre ou de mer, soit en ébranlant la fidélité des officiers, soldats, matelots ou autres, soit de toute autre manière. L'expression « de toute autre manière » maintenue dans l'article 77, malgré la critique qui en avait été faite au

1. *Op. cit.*, p. 530 note.

2. En ce sens : Garçon, *Code pénal annoté*, article 77, nos 9-10-11.

Corps législatif, rend purement démonstrative l'énonciation du texte. Le fait de provoquer ou de favoriser une révolte, une mutinerie ou une désertion parmi les troupes, en présence de l'ennemi, constituerait le crime prévu par l'article 77. Pourrait être aussi incriminé par application de ce texte le fournisseur qui, en temps de guerre, commettrait, dans une intention de trahison, des fraudes dans la livraison des choses nécessaires au service de l'armée ou de la flotte.

Les actes prévus par l'article 77 sont punissables en eux-mêmes, abstraction faite du résultat qu'ils peuvent avoir par la suite. Mais l'article 77 ne reproduisant pas le deuxième paragraphe de l'article 76, qui punit les machinations lorsqu'elles ne sont pas suivies d'effet, il en résulte que le crime de l'article 77 n'est constitué que si les intelligences ont produit un résultat, s'il y a eu tentative légale au sens de l'article 2 du Code pénal.

Etant donné son caractère politique, le crime prévu par l'article 77 est puni, non plus de la peine de mort, mais de celle de la déportation dans une enceinte fortifiée. Toutefois la peine est celle de la mort si l'on se trouve dans l'un des cas d'application des articles 205 du Code de justice militaire, 263 et 264 du Code pénal maritime.

FORME ATTÉNUÉE DE LA TRAHISON MILITAIRE
EN TEMPS DE GUERRE

L'article 78 du Code pénal est ainsi conçu :

« Si la correspondance avec les sujets d'une puissance ennemie, sans avoir pour objet l'un des crimes énoncés en l'article précédent, a néanmoins eu pour résultat de fournir aux ennemis des instructions nuisibles à la situation militaire ou politique de la France ou de ses alliés, ceux qui auront entretenu cette correspondance seront punis de la détention, sans préjudice de plus fortes peines dans le cas où ces instructions auraient été la suite d'un concert constituant un fait d'espionnage. »

Ce texte n'existait pas dans le texte du Code pénal soumis aux délibérations du Conseil d'Etat ; il a été introduit sur la demande de Cambacérès. On a souvent remarqué le caractère vague de l'incrimination qu'il établit (1).

Il y a deux éléments constitutifs de ce crime :

1^o Une correspondance avec les sujets d'une puissance ennemie ;

2^o Correspondance ayant pour résultat de fournir aux ennemis des instructions nuisibles à la situation militaire ou politique de la France ou de ses alliés.

Par la généralité de sa disposition, la loi incrimine

1. Chauveau et Hélie, t. 2, n^o 418; Garraud, *loc. cit.*, 3, 533.

tous les genres de correspondance : écrite, téléphonique, verbale. L'article 78 ne s'applique pas, toutefois, aux correspondances qui constitueraient le crime de trahison, puni par l'article 77.

Il faut que la correspondance ait été entretenue avec les sujets d'une puissance ennemie. La correspondance ne rentrerait pas dans les prévisions de l'article 78, si elle avait lieu avec les sujets d'une puissance alliée à l'ennemi, ou simplement étrangère ; le fait ne serait alors punissable que s'il rentrait dans les termes de la loi du 18 avril 1886 sur l'espionnage.

Il ne suffit pas que la correspondance ait eu le résultat indiqué par la loi, il faut encore que son auteur ait agi avec une intention criminelle (1), à moins toutefois que le gouvernement n'ait interdit expressément toute correspondance avec les ennemis de l'Etat.

C'est à la situation militaire ou politique de la France ou de ses alliés que les instructions données doivent être nuisibles. Il est assez facile de déterminer le sens de l'expression « alliés de la France ». Il s'agit, comme dans l'article 79, d'alliés agissant avec la France, contre un ennemi commun ; mais il n'est pas nécessaire que ces alliés agissent et combattent dans les rangs des armées françaises. Au contraire, il n'est guère aisé de préciser ce que la loi entend par la situation politique de la France ou de ses alliés. Si l'on peut apprécier ce qui serait nuisible à la situation militaire d'une puis-

1. Chauveau et Hélie, t. 2, n° 418; Garraud, *loc. cit.*, p. 533.

sance, comment déterminer ce qui peut être nuisible à sa politique? Comment établira-t-on, devant le jury, la tendance de la politique de la France ou de ses alliés, en vue de prouver que telles instructions, données par correspondance, sont susceptibles de lui nuire? Telle est la critique principale à laquelle prête l'article 78.

En ce qui concerne la peine, la loi du 28 avril 1832 a substitué, pour le crime prévu par l'article 78, la détention au bannissement prononcé par le Code pénal de 1810. Il y aurait en effet, des inconvénients manifestes à rendre à l'étranger un homme qui a le secret de la situation militaire ou politique de la France ou de ses alliés.

TRAHISON DIPLOMATIQUE

L'article 80 s'occupe de cette forme de trahison : « Sera puni des peines exprimées en l'article 76 tout fonctionnaire public, tout agent du gouvernement, ou toute autre personne qui, chargée ou instruite officiellement, ou à raison de son état, du secret d'une négociation ou d'une expédition, l'aura livré aux agents d'une puissance étrangère ou de l'ennemi. »

Il s'agit ici de la félonie, crime dont le concept s'est formé à l'époque féodale et qui, après avoir été défini à l'époque moderne par le Code pénal de 1791 (art. 6, sect. I, 47, 1, 1^{re} partie) l'a été ensuite par le Code pénal de 1810.

Il faut que la chose révélée soit un secret : si elle était antérieurement connue, l'incrimination serait

sans fondement. Mais la révélation de détails inconnus d'un fait devenu public, par exemple de l'un des articles secrets d'un traité d'alliance avoué, mais non publié, ou bien d'une pièce de la correspondance diplomatique échangée à l'occasion d'un traité promulgué, constituerait l'incrimination dont il s'agit (1).

Le secret doit concerner une négociation ou une expédition d'ordre militaire, politique ou même commercial; mais la révélation n'engendrerait aucune conséquence pénale si elle était relative à un autre objet.

La révélation n'est punie par l'article 80 que si elle est faite par un fonctionnaire public, un agent du gouvernement ou une personne chargée ou instruite du secret officiellement, ou à raison de son état. L'agent ne serait pas passible de l'article 80 si, n'étant pas chargé du secret officiellement ou à raison de son état, il était parvenu à le connaître par corruption; mais si cette révélation avait pour résultat de fournir aux ennemis des instructions nuisibles à la situation politique ou militaire de la France, l'agent serait atteint par l'article 78. D'ailleurs, si le fonctionnaire qui, par corruption, a révélé le secret, connaissait l'usage que l'agent voulait en faire, le fonctionnaire pourrait être regardé comme auteur principal de la révélation et le corrupteur comme complice.

Le secret doit avoir été livré, c'est-à-dire révélé, avec

1. Garraud, *op. cit.*, p. 534; Garçon, *Code pénal annoté*, art. 80, n° 2.

intention criminelle ; l'article 80 ne punit donc pas la faute non intentionnelle.

Il faut enfin que le secret ait été livré aux agents d'une puissance étrangère ou de l'ennemi. Mais il importerait peu qu'il eut été livré, non aux agents d'une puissance étrangère, mais au chef lui-même de cette puissance, directement ou indirectement. L'article 80 est applicable dans les deux hypothèses : Le texte ne distingue d'ailleurs pas suivant que la révélation est faite à une puissance étrangère, neutre ou alliée, ou à une puissance ennemie.

Le crime prévu par l'article 80, ayant un caractère politique, est puni, non plus de la peine de mort, édictée par cet article, mais de la déportation dans une enceinte fortifiée.

Observons enfin que l'article 205 du Code de justice militaire de l'armée de terre, qui prévoit le même fait matériel que l'article 80, n'exige pas que le secret d'une opération, d'une expédition, d'une négociation ait été confié à celui qui l'a livré : il suppose l'état de guerre et le crime, n'étant plus alors politique, est passible de la peine de mort.

DEUXIÈME PARTIE

L'ESPIONNAGE

Antérieurement à la loi de 1886, la législation française ne prévoyait les actes d'espionnage qu'en temps de guerre. Quant à l'espionnage pratiqué dans l'inté-

rêt d'une nation en paix avec la France, notre Code pénal ne le prévoyait pas ; cette lacune fut comblée en 1886. La législation antérieure à 1886 et la loi de 1886 se cumulant, il y a lieu de les examiner l'une et l'autre.

LA LÉGISLATION DU CODE PÉNAL ET DES CODES MILITAIRES

Le Code pénal avait seulement prévu, dans son article 83, le recélé « des espions et des soldats ennemis envoyés à la découverte ». Les éléments constitutifs de ce crime sont au nombre de trois :

1^o Le recel, c'est-à-dire le fait d'avoir soustrait les espions à la surveillance et aux recherches ; il importe peu que le recel ait eu lieu dans le domicile de l'accusé ou dans un autre lieu ;

2^o Il faut que les individus recelés soient des espions ou des soldats envoyés à la découverte. Peu importe qu'ils soient français ou étrangers. Mais le fait de recevoir et de capter un soldat ennemi, malade, déserteur, ou trainard, n'est pas un recel. Aussi bien celui qui aurait donné asile à des espions ou à des soldats ennemis envoyés à la découverte ne serait-il pas punissable s'il n'avait fait que céder à la force ; il y aurait lieu alors de faire intervenir l'article 64 du Code pénal et de tenir compte, pour son application, de tous les éléments objectifs et subjectifs ordinaires (1).

1. Garçon, *Code pénal annoté*, art. 83, nos 7 et 8, Garraud, *op. cit.*, p. 540.

3° Il faut que le recel ait été commis sciemment, c'est-à-dire que l'agent ait connu la qualité des espions. Mais le mobile importe peu. L'infraction existe, alors même que le recéleur aurait agi pour obliger un ami ou un parent. L'article 83 demeure même silencieux sur les exceptions admises par l'article 248 pour le recel des malfaiteurs. L'admission d'une excuse légale serait inadmissible en raison du danger qu'il y aurait à décider à l'avance que telle relation de parenté ou d'alliance entre l'espion et son recéleur suffit à exclure ou à diminuer la criminalité (1).

Le crime prévu par l'article 83 est, en raison de son caractère politique, puni de la déportation dans une enceinte fortifiée.

Si l'on considère que tout fait de recel est, de sa nature même, continu, on décidera que le crime dont nous venons de parler ne saurait être constitué par un acte instantané (2).

A la disposition spéciale de l'article 83 se bornait, en 1810, la répression de l'espionnage en temps de guerre. Abstraction faite du crime de recélé « des espions et des soldats ennemis » envoyés à la découverte », le code pénal ne contenait pas de disposition relative aux actes d'espionnage. Ces actes sont punis par les codes de justice militaire et maritime.

1. Garraud, *op. cit.*, p. 541.

2. Garraud, *loc. cit.* ; Le Sellyer, *Actions publique et privée*, t. 2, n° 462. — En sens contraire : Ortolan, t. 1, n° 754, Villey, 3^e édition, p. 132.

Le code de justice militaire pour l'armée de terre du 9 juin 1857, dans les actes qu'il envisage, punit l'espionnage de mort avec dégradation militaire lorsqu'il a pour auteur un Français appartenant à l'armée (art. 206) ; de mort seulement, quand il a pour auteur un « ennemi » civil ou militaire (art. 207). Il ne prévoit pas l'espionnage commis, soit par un étranger n'appartenant pas à une nation belligérante, soit par un Français non militaire. L'article 207 de ce même code ne réprime l'espionnage par un « ennemi » que si celui-ci est déguisé. A défaut de déguisement du coupable, il y aurait lieu seulement à la combinaison de l'article 206-1° avec l'article 29 du décret du 28 novembre 1900, promulguant le règlement annexe à la convention de La Haye du 29 juillet 1899, au moins en ce qui concerne les nations qui ont été parties à cette convention (1).

Le code de justice militaire pour l'armée de mer du 3 juin 1858 punit de mort, soit l'espion « ennemi », soit « tout individu » civil ou militaire, français ou étranger, qui pratique l'espionnage pour l'ennemi, dans les conditions qu'il prévoit.

A côté du recélé des espions, le Code pénal avait prévu, dans les articles 81 et 82 les actes consistant dans la communication aux gouvernements étrangers de certains renseignements.

Aux termes de l'article 81 « tout fonctionnaire pu-

1. Augier et G. Le Poittevin, *Traité théorique et pratique de droit pénal militaire*, p. 518.

blic, tout agent préposé du gouvernement, chargé à raison de ses fonctions du dépôt des plans de fortifications, arsenaux, ports ou rades, qui aura livré ces plans ou l'un de ces plans à l'ennemi ou aux agents de l'ennemi, sera puni de mort. Il sera puni de la détention, s'il a livré ces plans aux agents d'une puissance étrangère, neutre ou alliée ».

L'article 82 ajoute la disposition suivante : « toute autre personne qui, étant parvenue par corruption, fraude ou violence, à soustraire lesdits plans, les aura livrés ou à l'ennemi ou aux agents d'une puissance étrangère, sera punie comme le fonctionnaire ou agent mentionné dans l'article précédent, et selon les distinctions qui y sont établies. Si lesdits plans se trouvaient, sans le préalable emploi de mauvaises voies, entre les mains de la personne qui les a livrés, la peine sera, au premier cas mentionné dans l'article 81, la déportation, et au second, cas du même article, un emprisonnement de deux à cinq ans ; »

Il y a trois éléments constitutifs du crime prévu par l'article 81 :

1^o Il faut que le fonctionnaire, agent ou préposé du gouvernement, ait été chargé par ses fonctions du dépôt des plans ; et la loi entend dans le sens le plus large les mots fonctionnaires, agents ou préposés : ainsi un entrepreneur de travaux publics, de fortifications, serait, au point de vue des travaux qu'il exécute, un agent ou préposé du gouvernement ;

2° Les plans doivent être relatifs à des fortifications, arsenaux, ports ou rades.

3° Les plans doivent avoir été livrés, c'est-à-dire remis frauduleusement, à une puissance neutre, ennemie ou alliée, ou aux agents de cette puissance ; l'article 81 ne punit donc pas le fait de lever sans autorisation le plan d'une forteresse (1).

L'article 81 fait, en ce qui concerne la pénalité, la distinction suivante : les plans ont-ils été livrés à l'ennemi ? Le fait est réprimé, à raison de son caractère politique, par la déportation dans une enceinte fortifiée ; les plans ont-ils été livrés à une puissance neutre ou alliée ? La peine est celle de la détention, substituée par la loi du 28 avril 1832 au bannissement prononcé par le Code pénal de 1810.

L'article 82, qui prévoit la même livraison de plans par toute autre personne que les fonctionnaires, agents ou préposés du gouvernement, chargés de leur dépôt, fait d'autre part la distinction suivante : dans le cas où les plans ont été livrés par corruption, fraude ou violence, l'agent est assimilé au fonctionnaire public et puni des mêmes peines (déportation dans une enceinte fortifiée ou détention) ; dans le cas où ces plans se trouvaient en son pouvoir, sans le préalable emploi de mauvaises voies, à la suite par exemple de leur découverte dans des papiers ou documents de famille, l'agent est puni de la déportation simple s'il les a livrés

1. V. l'art. 6 de la loi de 1886.

à l'ennemi, et d'un emprisonnement de deux à cinq ans s'il les a livrés à une puissance alliée ou neutre. Dans cette hypothèse, il s'agit d'un simple délit de police correctionnelle, auquel s'applique l'article 49 du Code pénal.

Les dispositions des articles 81 et 82 sont applicables en temps de paix comme en temps de guerre. La loi, en effet, ne distingue pas à cet égard. Mais la portée des textes en question est réduite en temps de guerre. Le fait matériel de livraison de plans d'ouvrages militaires est également prévu par l'article 205 du code de justice militaire. Il n'est pas alors nécessaire que les plans aient été confiés à celui qui les livre ou qu'il les ait acquis « par l'emploi de mauvaises voies... N'étant plus politique, le crime est puni de mort. Et le code militaire s'applique non seulement aux militaires, mais même aux civils si le crime est commis sur le territoire ennemi ou sur le territoire français en présence de l'ennemi.

Ainsi qu'on l'a vu, les dispositions des articles 60 à 82 contiennent une double limitation : d'une part, elles visent uniquement la communication de trois sortes de documents : « secrets d'une négociation, d'une expédition, plans de fortifications, arsenaux, rades et ports ; d'autre part elles ne punissent que le fonctionnaire ou l'agent qui a été instruit officiellement du secret d'Etat ou qui était chargé de la garde des plans.

LA LÉGISLATION DE 1886

La loi du 18 avril 1886 a frappé pour la première fois l'espionnage proprement dit. Parallèlement aux dispositions du Code pénal et à celles du Code militaire, elle punit une série d'actes qui peuvent être incriminés, suivant les cas, comme faits d'espionnage ou comme faits de trahison.

Mais nous devons faire ici, avec M. Garraud (1), une observation générale : « Si les actes de recherches, de divulgations, de livraisons, dit-il, ne peuvent être qualifiés de trahison ou de félonie que s'ils sont accomplis avec une intention spécifique, les mêmes actes, sous la qualification d'espionnage, ne nécessitent pas, pour tomber sous la répression, un dol proprement dit : une faute est suffisante. La loi pénale, d'après le rapporteur à la Chambre des Députés, était jusqu'ici muette sur les indiscretions, sur les négligences insignifiantes en apparence, mais qui peuvent entraîner à un moment donné, des conséquences terribles pour le pays (2). »

L'analyse de la loi de 1886 comporte logiquement l'examen de trois catégories de dispositions :

1^o Dispositions incriminant des actes qui consistent à recueillir ou à chercher à recueillir des documents

1. *Op. cit.*, p. 542.

2. Sirey, 1887, *Lois annotées*, p. 91, 2^e colonne, en note.

ou renseignements dont le secret intéresse la défense nationale ;

2^o Dispositions élargissant celles des articles 80 à 82 du Code pénal ;

3^o Dispositions relatives à l'exemption de peine, à la complicité et à la tentative.

1^o Dispositions incriminant des actes qui consistent à recueillir ou à chercher à recueillir les documents ou renseignements dont le secret intéresse la défense nationale.

Les articles 5, 6 et 7 visent ces pratiques d'espionnage.

L'article 5 punit, de un à cinq ans d'emprisonnement et de mille à cinq mille francs d'amende : 1^o toute personne qui, à l'aide d'un déguisement ou d'un faux nom ou en dissimulant sa qualité, sa profession ou sa nationalité, se sera introduite dans une place forte, un poste, un navire de l'Etat ou dans un établissement militaire ou maritime ; 2^o toute personne qui, déguisée, ou sous un faux nom, ou en dissimulant sa qualité, sa profession ou sa nationalité, aura levé des plans, reconnu des voies de communication ou recueilli des renseignements intéressant la défense du territoire ou la sûreté extérieure de l'Etat.

Cette disposition s'applique à toute personne, quelle que soit sa nationalité. Elle ne distingue pas davantage entre l'espionnage commis dans l'intérêt d'une

nation en guerre avec la France et l'espionnage commis dans l'intérêt d'une nation en paix avec elle. Les manœuvres employées (déguisement, faux nom, dissimulation de qualité, de profession ou de nationalité, sont énumérées limitativement ; toutes les autres, même celles tendant à tromper les agents de l'autorité ou à déjouer leur surveillance, ne seraient pas constitutives du délit. Il va sans dire, par *à fortiori*, que l'étranger qui, sans employer les manœuvres énumérées, se serait livré à des actes d'investigation prévus par le texte, échapperait à toute répression, même s'il avait agi dans un but d'espionnage.

L'article 6 punit d'un emprisonnement de un mois à un an et d'une amende de cent à mille francs : « celui qui, sans autorisation de l'autorité militaire ou maritime, aura exécuté des levées ou opérations de topographie dans un rayon d'un myriamètre autour d'une place forte, d'un poste ou d'un établissement militaire ou maritime, à partir des ouvrages avancés ».

C'est une disposition de police militaire, un délit contraventionnel qui existe indépendamment de l'intention de l'agent (1) et quelle que soit la nationalité du délinquant.

L'article 7 frappe d'un emprisonnement de six jours à six mois et d'une amende de seize à cent francs celui « pour reconnaître un ouvrage de défense, aura franchi les barrières, palissades ou autres clôtures éta-

1. Aix, 6 juin 1890. S. 92.2.118 ; Cass. 26 mars 1894. S. 94. 1.432.

blies sur le terrain militaire ou qui aura escaladé les revêtements et les talus des fortifications. » Le mobile de l'acte incriminé importe peu ; il n'échappe pas à la répression s'il est, non point la volonté d'espionner, mais une simple curiosité. L'intention joue toutefois un certain rôle puisque le fait n'est réprimé que s'il a été commis pour reconnaître un ouvrage de défense.

*2° Dispositions élargissant celles des articles 80 à 82
du Code pénal*

L'article 1^{er} de la loi de 1886 punit d'un emprisonnement de deux ans à cinq ans et d'une amende de mille à cinq mille francs :

1° Tout fonctionnaire public, agent ou préposé du gouvernement, qui aura livré ou communiqué, à une personne non qualifiée pour en prendre connaissance, ou qui aura divulgué, en tout ou en partie, les plans écrits ou documents secrets intéressant la défense du territoire ou la sûreté extérieure de l'Etat, qui lui étaient confiés ou dont il avait connaissance à raison de ses fonctions. La révocation s'ensuivra de plein droit ;

2° Tout individu qui aura livré ou communiqué à une personne non qualifiée pour en prendre connaissance ou qui aura divulgué en tout ou en partie les plans, écrits ou documents ci-dessus énoncés qui lui ont été confiés ou dont il aurait connaissance, soit offi-

ciellement, soit à raison de son état, de sa profession ou d'une mission dont il aura été chargé.

3^o Toute personne qui, se trouvant dans l'un des cas prévus dans les deux paragraphes précédents, aura communiqué ou divulgué des renseignements tirés desdits plans.

On voit quelle extension reçoivent les dispositions des articles 80 à 82 du Code pénal. Celles-ci faisaient une énumération limitative et prévoyaient seulement la livraison du secret d'une négociation ou d'une expédition d'une part, celle des plans de fortifications, arsenaux, ports ou rades, d'autre part. La loi de 1886 embrasse, dans une formule générale, tous les plans, écrits ou documents secrets intéressant la défense du territoire ou la sûreté extérieure de l'Etat (1). Les tables de construction des armes de guerre réglementaires (2), l'organisation de la police à Paris et dans les gares frontières (3), offrent ce caractère. De plus le Code pénal exigeait la livraison des plans, ce qui impliquait une intention caractérisée de trahison. La loi de 1886 incrimine la communication ou divulgation, ce qui englobe l'imprudence ou la complaisance coupable. Enfin

1. Paris, 13 juillet 1911. Routier, *op. cit.*, p. 59 à 68. Dans l'espèce les documents secrets communiqués par un élève vice-consul à des tiers non qualifiés qui en avaient pris des copies n'intéressaient pas la défense du territoire, mais la sûreté extérieure de l'Etat. L'arrêt a déclaré, avec raison, applicable l'art. 1^{er} de la loi de 1886.

2. Lyon, 3 février 1892. D. 92.2.467.

3. Cass. 23 février 1891. D. 91.1.493

le mot documents, pris *lato sensu*, s'applique à des armes munitions, etc... (1).

Ce n'est pas tout ; l'article 2 de la loi de 1886 punit d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de cinq cents à trois mille francs : « toute personne autre que celles énoncées dans l'article précédent qui, s'étant procuré lesdits plans, écrits ou documents, les aura livrés ou communiqués, en tout ou en partie, à d'autres personnes ou qui, en ayant eu connaissance, aura communiqué ou divulgué des renseignements qui y étaient contenus ». La loi ajoute : « la publication ou la reproduction de ces plans, écrits ou documents sera punie de la même peine ». Ce texte vise la communication par la voie de la presse (2).

L'article 3 punit d'un emprisonnement de six mois à trois ans « toute personne qui, sans qualité pour en prendre connaissance se sera procuré les dits plans et documents ».

L'article 4 punit d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de cent à deux mille francs « celui qui, par négligence ou par inobservation des règlements, aura laissé soustraire, enlever ou détruire les plans, écrits ou documents secrets qui lui étaient confiés à raison de ses fonctions, de son état ou de sa profession, ou d'une mission dont il était chargé ».

1. Trib. cor. de Cahors, 24 janvier 1889 ; Lyon, 3 février 1892. D.92.2.467 ; Cass. 20 juillet 1911. *Bull. crim.*, n° 370 ; Douai, 22 mars 1910. S. 1913.2.4 ; Garraud et Garçon, *loc. cit.*

2. Affaire Turpin et Triponé, Cass. 25 septembre 1891. S. 93.1.445.

*3° Dispositions relatives à l'exemption de peine,
à la complicité et à la tentative*

La loi de 1886 édicte un certain nombre de règles spéciales à l'espionnage ou dont l'application particulière à l'espionnage mérite d'être soulignée.

Il suffira de mentionner l'article 13 qui déclare applicable aux délits d'espionnage l'article 463 du Code pénal. Nous ne ferons aussi qu'indiquer l'article 12 qui autorise le tribunal à prononcer indépendamment des peines portées par la loi de 1886, la peine suivante : « pour une durée de cinq ans au moins et de dix ans au plus, l'interdiction de tout ou partie des droits civiques, civils et de famille, énoncés en l'article 42 du Code pénal, ainsi que l'interdiction de séjour prévue par l'article 19 de la loi du 27 mai 1885. »

Mais nous devons insister davantage sur les dispositions concernant l'exemption de peine, la complicité et la tentative.

On sait que le Code pénal, dans l'article 108, a exempté de la peine tous les co-auteurs et complices des crimes et délits contre la sûreté de l'Etat qui, dans certaines conditions, en assurent la répression. Cette exemption bénéficie à « ceux des coupables qui, avant toute exécution ou toute tentative d'exécution de ces complots ou de ces crimes, et avant toutes poursuites commencées, auront les premiers donné au gouvernement ou aux autorités administratives ou de police

judiciaire, connaissance de ces complots ou crimes et de leurs auteurs ou complices ou qui, même depuis le commencement des poursuites, auront procuré l'arrestation des dits auteurs ou complices ». Cette disposition, qui constitue une excuse absolutoire, a été étendue au délit d'espionnage par l'article 10 de la loi de 1886 aux termes duquel : « sera exempt de la peine qu'il aurait personnellement encourue, le coupable qui, avant la consommation de l'un des délits prévus par la présente loi ou avant les poursuites commencées, aura procuré l'arrestation des coupables ou de quelques-uns d'entre eux ».

Les dispositions du Code pénal relatives à la complicité s'appliquent à l'espionnage. Mais elles appellent diverses observations. Les agents provocateurs de l'espionnage ne peuvent être punis que comme complices, c'est-à-dire que si leur provocation par dons, promesses, etc... a été suivie d'effet ; les offres non acceptées demeurent impunies : la loi de 1886 montre sur ce point une lacune.

D'ailleurs, la loi de 1886, article 9, dispose : « sera punie comme complice toute personne qui, connaissant les intentions des auteurs des délits prévus par la présente loi, leur aura fourni logement, lieu de retraite ou de réunion, ou qui aura sciemment récelé les objets et instruments ayant servi ou devant servir à commettre le délit ».

La tentative enfin n'a pas échappé à l'attention du législateur de 1886 : elle est punissable comme le délit

consommé (art. 1^{er}, § 2 et 8). Les termes généraux du texte montrent que la loi a voulu réprimer « non seulement la livraison, la communication ou la divulgation de tout document secret intéressant la défense du territoire ou la sûreté extérieure de l'Etat, mais encore la simple tentative de livraison, communication ou divulgation de ces documents (1) ». Mais à quel point précis de réalisation du projet criminel l'exécution commence-t-elle? Les criminalistes ont noté la tendance de la jurisprudence en cette matière à élargir la notion du commencement d'exécution (2). C'est ainsi que la Cour de cassation, le 7 juillet 1899 (affaire Poisson) (3), a considéré que l'exécution était commencée, alors qu'une offre de communication de documents secrets avait été faite à une puissance étrangère, au moyen de trois lettres, dont deux expédiées étaient restées sans réponse, et dont la troisième n'avait pas été expédiée.

SECTION II

Distinction entre la trahison et l'espionnage

Dans le langage ordinaire le mot traître désigne la personne qui, abusant de la confiance que l'on avait mise en elle, livre à une puissance étrangère des secrets

1. Cass. 7 juillet 1899. S. 1901.1.203.

2. Roux, note S. 1913.1.281 ; Demogue, *Revue critique*, 914, p. 259 ; Garraud, *op. cit.*, p. 550.

3. Précité.

dont elle était investie, ou une force dont elle a la disposition, ou une intelligence dont elle doit réserver les ressources pour son pays; quant à l'expression d'espion, elle désigne l'individu qui, n'étant en possession d'aucun secret, n'abusant d'aucune confiance, cherche, en allant à la découverte, à s'emparer de quelque secret, pour le livrer à une puissance étrangère. Mais la même opposition ne se rencontre plus dans le vocabulaire juridique.

Il y a cependant de grands intérêts à distinguer spécifiquement l'espionnage et la trahison.

L'espionnage est un délit, la trahison un crime. Il ne faut pas frapper celui-ci des peines de celle-là, et celle-là des peines de celui-ci. La règle *nulla pœna sine lege* exige qu'aucun fait ne soit puni sans avoir été incriminé par le législateur et que tout fait incriminé soit puni exactement dans les limites du maximum et du minimum établi par le législateur. Une incrimination légale indécise, qui permet à la juridiction compétente de porter en somme elle-même, dans une certaine mesure, l'incrimination, et d'appliquer arbitrairement des peines, fait lamentablement échec au principe que nous rappelions plus haut.

Laisser dans le vague la définition légale d'une infraction, c'est faire courir à la Société un double danger : celui de permettre aux tribunaux de frapper les uns de châtiments excessifs et les autres de châtiments insuffisants. En notre matière, le caractère imprécis des définitions aboutit à l'application de simples peines

correctionnelles aux faits de la plus haute gravité et à l'application des peines les plus graves à des actes beaucoup moins importants. D'où, énervement de la répression d'une part, et, de l'autre, iniquité manifeste.

Est-il donc possible de dégager un critérium de distinction entre la trahison et l'espionnage? Il convient de répondre à cette question d'abord au point de vue rationnel, puis au point de vue de la législation positive.

PREMIÈRE PARTIE

LA DISTINCTION RATIONNELLE

En législation, il est possible de concevoir trois systèmes tendant à opérer la distinction dont il s'agit :

1^o L'un faisant état du mobile qui a guidé le coupable ;

2^o L'autre prenant en considération les éléments objectifs de l'acte ;

3^o Le troisième s'attachant [à la nationalité de l'agent.]]

Si nous les exposons et les critiquons dans cet ordre, c'est parce que celui-ci est le plus propre à faire ressortir la vérité de la troisième conception,

CRITÉRIUM DU MOBILE

Il est nécessaire, ici, avant tout, de se garder d'une confusion entre l'intention et le mobile. L'intention

est la conscience de l'acte et du résultat auquel il tend. Le mobile est la pensée, le sentiment, le désir, le but psychologique, qui meuvent le coupable.

Or, si l'on ne peut penser à différencier la trahison et l'espionnage par la notion juridique de l'intention, on peut au contraire songer à séparer les deux infractions grâce à l'analyse du mobile.

Il existe des mobiles communs à la trahison et à l'espionnage. Espions et traîtres, peuvent, les uns et les autres, agir soit par ambition politique, soit par basse cupidité, soit pour des raisons passionnelles. Ce n'est donc pas la considération des ces mobiles généraux qui peut nous conduire au critérium cherché.

Le mobile propre à nous donner la solution doit être aperçu dans les dispositions d'esprit de l'agent vis-à-vis de son pays. Si le coupable s'est proposé de pousser une puissance étrangère à engager des hostilités contre son pays, c'est le crime de trahison qu'il commet, et il mérite d'être puni avec une grande rigueur, parce qu'il s'agit, non seulement dans un état d'esprit hostile à sa patrie (*animus hostilis*) qui l'assimile en quelque sorte aux ennemis eux-mêmes, mais aussi avec une pensée homicide en jetant l'Etat dans les périls de la guerre. Si l'individu, au contraire, agit sans cet *animus hostilis* et sans cette pensée meurtrière, par légèreté ou cupidité, il est moins coupable et ce n'est plus que le délit d'espionnage qu'il commet.

Cette distinction paraît juste. Elle répond en effet exactement à la gravité différente des deux infractions.

Si l'être assez pervers pour ne pas craindre de déchaîner, ou d'essayer de déchaîner en son pays les calamités de la guerre, ne mérite aucune pitié, une sévérité moindre doit atteindre l'être vil qui trafique des secrets qu'il a surpris ou qu'il possède, mais qui ne travaille pas à la rupture de la paix, qui ne croit pas même, souvent, en compromettre le maintien par ses divulgations coupables.

Mais, si séduisante qu'elle soit au premier abord, la distinction de la trahison et de l'espionnage, tirée tout entière du mobile de l'agent, doit être écartée si l'on considère les dangers d'arbitraire auxquels elle conduit.

Il y a toujours quelque péril à séparer par l'élément intentionnel deux infractions identiques par leurs éléments matériels. Car l'appréciation de l'intention, et aussi du mobile, est chose délicate. Et le juge peut s'y tromper de bonne foi, tant l'analyse psychologique est difficile, de même qu'il peut être incliné à la partialité par l'opinion publique, par ses préjugés et sentiments personnels. Mais la crainte d'arbitraire est relativement faible s'il s'agit de distinguer une infraction dolosive d'une infraction simplement fautive, par exemple un homicide volontaire d'un homicide par imprudence. Au contraire, la difficulté apparaît dans toute sa gravité quand il y a lieu de se prononcer entre deux infractions également dolosives ; et la réprobation qu'inspire le coupable peut pousser le juge à une exagération de sévérité, lorsque le châtiment légal ne

répond pas au sentiment de l'opinion publique, qui, exprimant ses pensées en langage vulgaire, qualifie de trahison ce qui peut n'être, juridiquement, qu'un espionnage.

Ce n'est pas tout. Le critérium du mobile, malgré son danger d'arbitraire, se conçoit bien lorsqu'il s'agit de trahison matérielle, c'est-à-dire de l'acte d'un individu qui a voulu pousser une puissance étrangère à engager des hostilités contre son pays. Alors, en effet, cet individu agit dans une pensée meurtrière ; il est juste qu'il soit châtié avec sévérité. Mais la dernière guerre a révélé un élargissement de la notion de trahison. Et l'on a entendu M. Mornet, dans son réquisitoire contre Charles Humbert et ses co-accusés, définir, pour l'opposer à la trahison matérielle d'autrefois, la trahison morale. « La trahison, a déclaré M. Mornet (1), se manifeste sous deux formes : la trahison matérielle, qui consiste à fournir des renseignements sur l'organisation de nos défenses, le secret de nos armements, les opérations militaires, les mouvements de troupe, et puis, dans les guerres comme celles-ci, qui affectent un caractère mondial, et qui se prolongent, il y a, infiniment plus grave, peut être, la trahison morale, celle qui a pour but de porter atteinte à la résistance, à l'énergie, aux forces morales du pays, celle qui, dans une guerre longue, universelle comme celle dont nous venons de sortir, use de la propagande et de la per-

1. Troimaux, *Revue des causes célèbres, politiques et criminelles*, Réquisitoire de M. Mornet, p. 983.

suation fait appel à toutes les passions pour essayer d'atteindre au plus vif, le ressort de la défense nationale». Pour comprendre la gravité de cette trahison morale et les dangers qu'elle peut engendrer, il suffit de méditer la parole du maréchal Foch, citée par le procureur général Lescouvé dans son réquisitoire contre Caillaux. « La victoire va toujours à ceux qui la méritent par la plus grande force de volonté et d'intelligence : une bataille gagnée est une bataille dans laquelle on ne veut pas s'avouer vaincu (1). » Rappelons encore ce passage du réquisitoire de M. Mornet contre Bolo : « Le crime d'intelligence avec l'ennemi dépasse de beaucoup le cadre et la portée du vieil espionnage, tel qu'on l'envisageait dans les guerres qui ont précédé la terrible guerre actuelle. L'intelligence avec l'ennemi a une portée plus considérable en ce que cette sorte de trahison ne porte pas seulement sur les moyens de défense matérielle, mais sur la défense morale du pays (2). »

La trahison morale est multiforme. L'un de ses moyens les plus efficaces est la main mise sur la presse. Et c'est sous cet aspect qu'elle s'est principalement présentée en France (notamment dans l'affaire Bolo). La notion de la trahison morale domine la plupart des grands procès de la dernière guerre. « La généralité des termes [de nos textes répressifs, dit M. Jean Plas-

1. *Revue des causes célèbres, politiques et criminelles*, Réquisitoire du procureur général Lescouvé, p. 388.

2. Saint-Auban, *Revue des grands procès contemporains*, 1916-1917, p. 297.

sard (1), a autorisé la jurisprudence à en faire une sévère application. Par sa largeur même, elle a permis d'atteindre les agissements de l'ennemi, sous leurs formes les plus perfides. Mais il faut reconnaître qu'au point de vue de la liberté individuelle, elle n'est point sans danger. Les actes concrets qui caractérisaient la vieille trahison matérielle portaient en eux-mêmes leur marque d'origine, les traces de la volonté de l'ennemi qui les inspirait. La preuve de la trahison morale est autrement délicate. La simple expression d'opinion ou de jugements défavorables sur la politique d'un gouvernement en temps de guerre n'est une trahison morale que si l'entente criminelle avec l'ennemi est établie. S'il n'en est point ainsi, une condamnation pénale ne saurait se justifier. »

La notion de la trahison morale étant ainsi précisée, est-il possible de lui appliquer, comme à la trahison matérielle, la distinction de la trahison et de l'espionnage, fondée sur la différence des mobiles? Peut-on dire, d'une manière absolue, que le traître moral agit dans une pensée meurtrière, de même que le traître matériel, cherchant à pousser une puissance étrangère à engager des hostilités contre son pays?

Sans doute le résultat peut être meurtrier si, par suite de l'affaiblissement du moral de la nation, l'ennemi se livre à de plus larges et plus cruelles hécatombes. Mais

1. *Evolution de la nature juridique des attentats à la sûreté extérieure de l'Etat*, dans Travaux de la Conférence de droit pénal de la Faculté de droit de Paris, 1924, p. 44.

le traître moral a pu, dans sa naïveté ou l'emportement de ses imprudentes idées, ne pas apercevoir un tel résultat et s'imaginer qu'il allait, au contraire, épargner des vies en mettant fin plus tôt aux hostilités.

Si l'on suit cette considération jusqu'au bout, on peut être tenté de dire que, parfois, le traître moral n'aura même pas contre son pays cet *animus hostilis*, caractéristique de la trahison matérielle, dans son opposition à l'espionnage. Dans cette hypothèse, faudra-t-il donc considérer comme un simple espion celui qui, cédant par cupidité aux sollicitations de l'ennemi, aura, par la voie de la presse, porté un coup fatal au moral du pays et préparé la défaite? L'application du critérium que nous examinons conduirait logiquement à cette conséquence. Or il est permis de penser que cette conséquence même condamne le système.

Tout au moins faut-il reconnaître que le critérium du mobile s'applique malaisément dans le domaine de la trahison morale, qui prend une importance croissante à notre époque. Aussi bien le danger d'arbitraire, que nous avons souligné plus haut, se révèle-t-il aussi grand en matière de trahison morale qu'en matière de trahison matérielle.

CRITÉRIUM DES ÉLÉMENTS OBJECTIFS DE L'ACTE

La considération de la nature objective des actes peut-elle conduire à la discrimination que nous cherchons? Dira-t-on que l'espionnage est constitué par

des actes de recherches et d'investigations, la trahison par des actes de livraison? De la sorte on ferait à peu près coïncider la terminologie juridique avec le langage courant, du moins lorsque ce dernier est quelque peu réfléchi, car il arrive bien souvent que l'épithète de traître est attribué indistinctement à tous ceux qui agissent contre la sûreté de l'Etat.

Appliquant le critérium dont il s'agit, on punira comme traître celui qui a livré les secrets qu'il a préalablement recherchés ou qui se sont trouvés entre sa main sans qu'il les ait recherchés; on punira comme espion celui qui n'a fait que des investigations, que celles-ci aient abouti ou non, pourvu qu'elles n'aient pas été suivies de livraison.

Au premier abord cette distinction paraît claire; un acte d'investigation ne se différencie-t-il pas par lui-même, nettement, d'un acte de livraison?

Mais ce système se heurte à deux objections péremptoires; il est inapplicable à la trahison morale; il conduit à des iniquités.

Supposons qu'un individu se rende maître d'un journal en vue d'y instituer une campagne de démoralisation. Il n'y a dans cet agissement ni recherche, ni livraison de secrets; objectivement il ne se classe pas plus sous la qualification de trahison que sous celle d'espionnage.

Au point de vue moral, la distinction que nous critiquons ne saurait davantage être accueillie. Celui qui a recherché dans un but de livrer et qui n'a pas pu livrer parce que les circonstances l'en ont empêché, est

moralement aussi coupable que celui qui a recherché ou livré sans avoir recherché. Mais l'iniquité apparaît surtout en ce qu'il n'est pas tenu compte de la nationalité. La trahison et l'espionnage, tels qu'ils sont définis dans cette conception, se trouvent placés sur le même plan et punis de la même manière, quel que soit leur auteur, national ou étranger ; or, une telle conséquence, admissible sur le seul terrain de la défense nationale, ne l'est plus si l'on s'attache à l'idée de justice qui fonde, non moins que l'intérêt de la défense, le droit de punir en notre matière comme en tout autre. C'est ce que nous allons mettre plus clairement en lumière en exposant la troisième distinction rationnellement possible entre la trahison et l'espionnage.

CRITÉRIUM DE LA NATIONALITÉ

L'on peut très bien soutenir qu'une distinction rationnelle devrait se référer à la nationalité du coupable. Les mêmes actes contre la sûreté extérieure de l'Etat seraient constitutifs du crime de trahison ou du délit d'espionnage selon qu'ils émaneraient d'un national ou seraient l'œuvre d'un étranger.

Cette distinction nous paraît d'abord la meilleure au point de vue moral : le national qui trahit son pays méconnaît son devoir de fidélité ; l'étranger qui espionne manque seulement aux règles de la courtoisie internationale et, cela, peut être, dans l'intérêt supérieur de sa patrie. Sans doute, il faut se défendre contre

les espions étrangers, mais on ne saurait assimiler leur conduite à celle des nationaux qui violent la plus sacrée de leurs obligations. Lorsqu'il s'agit d'une infraction de droit commun, la qualification dépend de la nature même de cette infraction : un homicide est un homicide, un vol est un vol, quelle que soit la nationalité de son auteur. Mais lorsqu'il s'agit d'attentats contre la sûreté de l'Etat, la qualification ne peut logiquement s'opérer si on ne fait pas intervenir la nationalité de l'agent. Il est impossible de soutenir qu'un même fait est également coupable, qu'il soit commis par un étranger ou par un national ; perpétré par un étranger, il justifie une réaction de défense de la part de la nation, mais il peut être, pour cet étranger regardé par les yeux de sa propre nation, l'accomplissement d'un devoir. Ce n'est donc pas dans la nature même de l'acte qu'il convient de chercher les éléments de la qualification, mais bien dans les rapports de l'agent avec l'Etat victime de l'attentat. Etant donné tel acte, il y a crime de trahison, s'il a pour auteur un national, il y a délit d'espionnage s'il a pour auteur un étranger.

Et, qu'on le remarque bien, les considérations morales, sur lesquelles reposent la distinction de la nationalité, sont en même temps des considérations juridiques. Le fait pour un individu d'appartenir à tel ou tel Etat est un élément juridique fondamental de la condition de cet individu ; il engendre entre lui et cet Etat des droits et des obligations réciproques ; c'est précisément de l'existence ou de l'inexistence de ces droits

et de ces obligations dans les rapports de tel Etat et tel individu, que l'on déduit les qualifications respectives de la trahison et de l'espionnage.

Satisfaisant sous le rapport moral et juridique, le critérium de la nationalité semble aussi le meilleur sur le terrain pratique. Lorsqu'un tribunal, en effet, est appelé à juger une personne accusée d'attentat contre la sûreté extérieure de l'Etat, il n'a, pour résoudre la question de l'incrimination et de la peine à appliquer, qu'à trancher la question même de nationalité. Une juridiction française, par exemple, n'a qu'à se demander : Est-ce un Français, est-ce un étranger? Problème infiniment plus simple que celui qui consisterait à procéder à une analyse des éléments objectifs de l'acte ou des mobiles de l'agent. La considération pratique de la simplicité, qui procure la certitude d'une juste répression, revêt une grande importance lorsqu'on réfléchit aux insuffisances et aux difficultés des distinctions tirées de la nature de l'acte ou des mobiles du délinquant.

Enfin le critérium de la nationalité s'applique facilement et équitablement à la trahison morale. Si nous reprenons l'exemple, déjà fourni, d'un individu qui se rend maître en France d'un journal, en vue d'y entreprendre une campagne de démoralisation, cet individu sera un traître ou un espion selon qu'il sera Français ou étranger. Il est, au contraire, très difficile et même impossible, nous l'avons vu, de qualifier ce délinquant

dans les systèmes qui s'attachent au mobile de l'agent ou aux éléments intrinsèques de l'acte.

DEUXIÈME PARTIE

LA QUESTION EN LÉGISLATION POSITIVE

Le fait que ni la législation allemande, ni la législation française, n'offrent une distinction précise de la trahison et de l'espionnage, prouve le peu d'avancement de cette partie de la science pénale.

Le système répressif des attentats contre la sûreté extérieure de l'Etat s'est formé par étapes et par morceaux, sous la pression des circonstances faisant naître des besoins nouveaux dans l'ordre de la défense des Etats. Ainsi s'explique en cette matière le défaut de précision et de synthèse : et cette observation s'applique à l'Allemagne comme à la France.

§ 1. — DROIT ALLEMAND

Si nous négligeons les règlements pris à l'occasion de l'occupation de la Ruhr, la trahison et l'espionnage sont régis en Allemagne, par les paragraphes 87 à 93 du Code pénal, les paragraphes 56, 61, 153, 155 à 161 du Code criminel militaire, la loi du 3 juin 1914, suivie de la loi contre l'espionnage (1).

La législation allemande est dominée par la distinc-

1. Zublin, *Die modern, spionagegesetzgebung*, 1895 ; Lizt, *Droit pénal allemand* ; Lobstein trad., 1919, t. 2, p. 362 et s. ; 570 et sts. ; Freisleben, *Einzelne Fragen aus dem Gebien des Landesverrats und des Spionage*. (Z. fur ger. Str. R., 1924, p. 237.)

tion entre la haute trahison (Hochverrat), et la trahison du pays (Landesverrat).

La haute trahison est l'attentat commis contre l'organisation légale de l'Etat, la trahison du pays, l'attentat contre la sûreté extérieure de l'Etat et sa situation parmi les autres Etats (1).

L'espionnage (Ausspähung) est le fait de se procurer la possession ou la connaissance des secrets militaires. Il devient qualifié par le dessein de faire usage de ces secrets en vue de faire une communication menaçant la sécurité de l'Empire allemand, Il apparaît alors comme préparation (non comme tentative) de la livraison (Verrat). Si l'exécution de ce dessein a commencé ou est consommée, il y a, d'après la règle générale du droit allemand, unité d'infraction et application de la sanction pénale la plus grave.

Mais on ne trouve ni dans le Code pénal allemand, ni dans les lois postérieures, une discrimination entre la trahison et l'espionnage.

Souvent les notions même de trahison et d'espionnage, et les mots qui les désignent, se trouvent rapprochés et confondus. La divulgation de secrets militaires est appelée Verrat, terme qui signifie trahison ; la livraison de secrets est également désignée par le vocable : Verrat.

« Le terme espion, dit Freisleben, vient de la racine du mot allemand, spähen, qui veut dire guetter, il a été

1. Pour se servir de la distinction consacrée par la législation pénale française, on peut dire que le Hochverrat correspond à l'attentat contre la sûreté intérieure de l'Etat, le Landesverrat à l'attentat contre la sûreté extérieure de l'Etat.

importé en Allemagne des pays romans avec sa forme étrangère. Il s'emploie d'abord pour désigner l'action de celui qui guette, qui trahit au point de vue militaire; mais en lui-même le terme espion a un sens général, il se rapporte à l'action illégale de guetter, de trahir un secret quelconque, au détriment de celui qui est intéressé au secret ou de ceux qui ont droit au maintien du secret, un secret politique, économique, commercial, un secret même purement personnel. Au point de vue du droit, il faudra, pour qu'il y ait espionnage, que le caractère délictueux de l'acte se rapporte aussi bien à l'objet même de la livraison qu'à la personne qui reçoit les communications en question, communications qui doivent elles-mêmes nuire aux intérêts de l'Etat envisagé, si bien que le terme espionnage en général désignera les agissements faits en vue de trahir, auprès d'une puissance étrangère, des choses à tenir secrètes, dans l'intérêt d'un Etat (au point de vue du législateur allemand de l'Allemagne), que l'acte d'espionner consistera à se procurer secrètement, et sous des prétextes mensongers, les renseignements que l'on se propose de livrer secrètement à une puissance étrangère. »

Le rapprochement étroit, la confusion même des termes de trahison et d'espionnage que l'on remarque, suffisent à montrer qu'il n'existe pas, dans l'esprit des pénalistes allemands, une démarcation tranchée entre les deux infractions considérées. Ni dans les textes, ni en doctrine, il n'y a en Allemagne de discrimination précise entre la trahison et l'espionnage.

L'espion est nettement distingué du preneur de renseignements qui, portant les insignes de combattant, épie les nouvelles militaires sur le terrain des opérations d'un belligérant pour les communiquer à l'autre. Mais l'espion n'est pas clairement distingué du traître.

Il apparaît d'abord que la législation allemande ne se réfère en aucune façon au critérium de la nationalité. On trouve des dispositions relatives aux étrangers, soit dans la matière de la trahison du pays, soit dans celle de la divulgation des secrets militaires. Mais, nulle part, la nationalité n'est considérée, expressément ou tacitement, comme un élément spécifique de la trahison ou de l'espionnage.

La loi allemande distingue-t-elle ces infractions d'après les éléments objectifs de l'acte?

La trahison militaire comprend :

1^o Les intelligences (Verbindung) ou conspiration (Konspiration) entretenues avec un Etat étranger dans le but d'amener cet Etat à faire la guerre à l'Allemagne (C. P. I., § 87) ;

2^o Le fait de prendre du service dans une armée étrangère, (soit comme combattant soit comme fonctionnaire, médecin, aumônier, etc.) pendant une guerre contre l'Allemagne, ou le fait de porter les armes contre l'Allemagne ou ses alliés (Bundesgenossen C. P. I., § 88) ;

3^o Le fait de favoriser (Begünstigung) l'ennemi (C. P. I., § 89) pendant une guerre contre l'Allemagne ou de porter préjudice à la force militaire de l'Allemagne ou de ses alliés.

De plus le paragraphe 90 relève quelques cas particulièrement graves du principe posé dans le paragraphe 89. Parmi ces cas notons le fait de servir d'espion à l'ennemi. Sans doute le mot espion est pris ici dans un sens particulier ; il vise celui qui, sans porter les insignes de combattant, épie les nouvelles militaires sur le terrain d'opérations d'un belligérant, pour les communiquer à l'autre. Mais il n'y a là qu'une hypothèse spéciale d'espionnage, car elle rentre bien dans la conception générale de la recherche et de la divulgation de secrets militaires. Qu'est-ce à dire, sinon qu'ici, un acte d'espionnage constitue la trahison militaire.

La trahison diplomatique (diplomatische Landesverrat) existe lorsqu'intentionnellement quelqu'un (§ 92 C. P. I.) : 1^o communique à un autre gouvernement ou publie des secrets d'Etat, des plans de forteresses, des documents, actes ou nouvelles qu'il sait devoir être ignorés de cet autre gouvernement pour le bien de l'Allemagne.

2^o Détruit, altère ou détourne, pour la mise en péril des droits de l'Allemagne, des titres ou moyen de preuves établissant ces droits.

3^o Conduit avec un autre gouvernement une affaire d'Etat à lui confiée par l'Allemagne, au préjudice de son mandant.

Or remarquons que la simple publication (sans communication à un autre gouvernement) de secrets, plans de forteresses, documents, etc... constitue un acte de

divulgarion prévu par les lois spéciales de l'espionnage.

Celles-ci étendent le paragraphe 92 n° 1 du C. P. I. en ce sens qu'elles punissent la simple communication à une autre personne. Mais il s'agit toujours d'un fait de divulgation *lato sensu* et non d'un fait de livraison. Ici encore, des éléments identiques caractérisent à la fois l'espionnage et la trahison.

D'autre part, si au cours de débats judiciaires relatifs à une trahison diplomatique, le huis clos a été ordonné pour la sauvegarde de la sûreté de l'Etat ou d'intérêts militaires, le tribunal peut imposer aux personnes présentes l'obligation de tenir secrets des faits portés à leur connaissance par les débats, par l'acte d'accusation ou autres pièces officielles de la procédure. La violation de cette obligation par communication non autorisée (même à une seule autre personne) est punissable. Et cette communication non autorisée, qui constitue le délit de violation de huis clos, peut être rapprochée, en tant que fait de divulgation de secrets, soit de l'espionnage, soit de la trahison diplomatique.

Les caractères objectifs de l'acte ne permettant pas, en somme, de séparer nettement la trahison et l'espionnage, est-ce grâce à la considération de l'élément moral que les infractions en question vont être distinguées? Nullement.

Les criminalistes allemands ont soigneusement analysé le concept de l'intention. Celui-ci embrasse : 1° La représentation de l'acte volontaire ainsi que des cir-

constances dans lesquelles il a été entrepris ; 2^o La prévision du résultat ; il y a donc intention :

a) Lorsque le résultat était projeté, c'est-à-dire lorsque la représentation des résultats était le motif de l'acte ; lorsque l'auteur entreprend l'action en raison du changement dans le monde extérieur que l'action devra provoquer ; lorsque ce changement constitue le but visé, et sa réalisation le but final de l'acte ; lorsque le résultat a été pris comme but, désiré, lorsqu'il a fait l'objet d'efforts. Il est alors indifférent que l'auteur ait compté avec une certitude plus ou moins grande sur la survenance du résultat, qu'il ait prévu celui-ci comme nécessaire ou comme possible.

b) Il y a également intention lorsque l'auteur a prévu la venue du résultat sans que cette prévision ait été le motif déterminant de son acte (1).

Ces données s'appliquent à notre matière. L'intention consiste-t-elle dans la prévision du résultat ? Un dessein dépassant cette prévision, un *animus hostilis* spécial n'est pas nécessaire. Celui qui sait que, par sa participation à un emprunt de guerre contracté par un Etat en lutte avec l'Allemagne, il a contribué à augmenter la puissance défensive de cet Etat, a commis avec intention une trahison, même s'il ne voyait dans cette participation que le moyen de réaliser un gain. Le fait de favoriser l'évasion de prisonniers de guerre peut être un acte de trahison, même s'il est inspiré par la généro-

1. Lizt, sur le § 39, C. P. J.

sité de l'auteur. Réciproquement, le fait de se procurer la possession ou la connaissance de secrets sera un espionnage, quel que soit le mobile de l'acte. Aucune considération tirée de ce mobile ne permet de séparer la trahison de l'espionnage.

En somme, il n'existe pas, en droit allemand, de distinction précise entre la trahison et l'espionnage ; nous allons voir que le droit français n'est pas plus avancé.

§ 2. — DROIT FRANÇAIS

Les articles 76 et suivants du code pénal, ainsi que la loi de 1886, n'ont pas égard à la nationalité pour distinguer l'espionnage de la trahison.

Le critérium de la nationalité, a au contraire, été mis en application par des projets de loi en la matière. Voici comment s'exprime le rapport déposé par M. Marc Sauzet, à la Chambre des Députés, le 26 juin 1895, au nom de la Commission de l'armée chargée d'examiner le projet de loi sur la trahison et l'espionnage (1). « La commission de l'armée jugeait essentiel, tant au point de vue de la réalité des faits que pour la satisfaction de l'équité, de distinguer absolument l'acte du Français qui, méconnaissant le premier de ses devoirs envers sa patrie, se rend coupable de trahison, et l'acte de l'étranger qui, par les investigations diverses comprises dans le mot d'espionnage, sert son pays en mena-

1. Annexe au procès-verbal de la séance du 26 juin 1895, 1111-1186.

çant le nôtre. L'un, en temps de paix comme en temps de guerre, commet un abominable forfait. L'autre manque assurément au respect de ces convenances internationales, de cette courtoisie réciproque que les nations policées se sont toujours fait un point d'honneur d'ériger en principe. Mais, sans scruter les motifs souvent très honorables qui, en fait, le sollicitaient, on doit reconnaître qu'il ne mérite à aucun degré la qualification du traître, ni son châtimement, même devant la loi du pays dont il compromet la sûreté. L'idée de cette distinction est presque banale. On la retrouve dans toutes les discussions. Aucune législation ne la consacre ».

Dans le même sens, il convient de citer l'exposé des motifs du projet de loi sur l'espionnage de 1911, qui s'exprime ainsi (1) : « L'espionnage peut être considéré comme le fait de l'étranger qui cherche à se documenter sur les secrets de la France pour en faire profiter son propre pays. La trahison, au contraire, est l'acte du Français qui révèle à l'étranger les secrets intéressant la défense nationale. Or, si la trahison est un crime pour lequel il n'y a pas de peine assez sévère, il semble que l'on peut conserver à l'espionnage le caractère de simple délit que lui donne la loi de 1886. On peut admettre, en effet, que l'étranger qui espionne pour son pays commet sans doute un acte qui doit être réprimé, si nous avons le souci de notre conservation, mais qui

1. Documents parlementaires, Chambre des Députés, session ordinaire de 1911, annexe 1210, p. 1053.

peut n'avoir en lui-même rien de déshonorant ni de criminel ».

Ces considérations suffisent à faire recommander pour une loi future le critérium de nationalité ; mais, ce critérium ne s'adaptant pas à la législation positive, il faut en chercher un autre.

Peut-on le trouver dans les éléments objectifs de l'acte ?

Un individu, soit Français, soit étranger, va-t-il être considéré comme traître ou comme espion suivant la nature même des actes par lui accomplis ?

La trahison militaire comprend : en temps de paix les manœuvres coupables tendant à amener un gouvernement étranger à déclarer la guerre à la France ou à lui en fournir les moyens ; en temps de guerre les services rendus à l'ennemi.

La trahison diplomatique, qui peut se produire en paix comme en guerre, résulte de la livraison des secrets d'État.

L'espionnage comprend deux séries d'actes, indépendants les uns des autres au point de vue de la répression : 1^o Les faits de recherches : par exemple ; l'acte de s'introduire, avec un déguisement, dans une place forte, un arsenal ; 2^o la livraison des renseignements ainsi obtenus : l'envoi, par exemple, à un gouvernement étranger, du plan d'une forteresse ou de documents sur la mobilisation. L'espionnage peut être commis dans la paix ou dans la guerre ; il peut être l'œuvre d'un Français ou d'un étranger.

Comment délimiter le domaine propre de la trahison du domaine propre de l'espionnage. Dira-t-on que l'espionnage est constitué par des actes de recherches et d'investigations, la trahison par des actes de livraison ?

Une semblable distinction serait contraire à la réalité et fallacieuse. On ne recherche que pour livrer, à moins qu'on ne suppose un espion agissant par simple indiscretion. On peut livrer des documents qu'on n'a pas précisément recherchés, mais que le hasard ou l'exercice d'une fonction publique ont mis aux mains de celui qui les livre.

En réalité, les éléments matériels peuvent être identiques dans la trahison et dans l'espionnage (1). Le corps du délit est le même. Et cela est si vrai que des faits identiques commis en temps de paix, ont été considérés, tantôt comme des actes de trahison et punis, en vertu de l'article 76 du code pénal, de la déportation dans une enceinte fortifiée, tantôt comme des actes d'espionnage et punis, en vertu de la loi de 1886, d'un emprisonnement correctionnel.

Ainsi le sergent Chatelain, accusé d'avoir offert au gouvernement allemand de lui livrer des cartouches du fusil Lebel et le capitaine Dreyfus, accusé d'avoir livré à une puissance étrangère des documents secrets intéressant la défense nationale, ont été regardés par les tribunaux militaires comme coupables du crime de trahison et punis par application de l'article 76 c. pén.(2).

1. V. sup., ch. I, 2^e partie, p. 46, 47, 48.

2. Sirey, 1900.4.105 et 298.

Mais des faits semblables ont été regardés comme des faits d'espionnage dans l'affaire Turpin et Triponé (1), dans l'affaire Schwartz (2), dans l'affaire Boisson (3), dans l'affaire Wanault de Mahlbery (4).

Faut-il donc penser qu'il y a deux poids et deux mesures, ou croire que la même infraction revêt une nature différente suivant la qualité, militaire ou civile, de son auteur, ou encore que les conseils de guerre, inquiets de l'indulgence de la loi de 1886 quand le coupable viole son devoir de Français et son devoir de soldat, ont, dans des cas mêmes qui relevaient de cette loi, demandé à l'article 76 une répression correspondant mieux à la gravité de la faute commise? Si telle était l'explication des divergences jurisprudentielles, il serait à craindre que des injustices n'eussent été commises, car il n'appartient pas aux tribunaux, pour quelque raison que ce soit, de se placer au-dessus de la loi. Et ce serait les y mettre que de faire varier la gravité du délit d'après la qualité militaire de l'accusé, quand le législateur ne s'en est pas préoccupé.

L'indétermination légale de la trahison et de l'espionnage est telle que, dans le procès du capitaine Dreyfus, (son défenseur a pu longuement développer ce point) les faits incriminés, pour lesquels on parlait de trahison, ne constituaient objectivement que le délit

1. Cass. 24 sept. 1891. S. 93.1.445.

2. Cass. 28 janvier 1896. *Bull. crim.*, n° 35.

3. Cass. 7 juillet 1899. S. 1901.1.203.

4. Paris, 29 février 1890. S. 92.2.119.

d'espionnage, et que cette opinion a dû être examinée par le conseiller rapporteur (1). Grâce à cette indétermination, un certain nombre d'individus ont réussi à se réfugier sous les qualifications correctionnelles de la loi de 1886 et à éviter ainsi la peine perpétuelle de l'article 76 du code pénal. D'autres, il est vrai, l'ont tenté avec moins de succès, mais peut être en fut-il, parmi eux, qui n'auraient précisément mérité que des peines correctionnelles.

Ce qui précède nous permet de dire que la jurisprudence n'a pas, en réalité, consacré le critérium objectif des faits. Comment l'aurait-elle fait en l'absence de distinction légale? Les décisions, dans leur ensemble, manquent de cohésion et ne se rattachent à aucun système.

Reste la théorie qui fait appel au mobile du coupable. A-t-il voulu attenter à la sécurité de la France? A-t-il eu pour but direct et principal de pousser une puissance étrangère à engager des hostilités contre la France ou de lui en fournir les moyens? C'est un traître, car son intention, c'est-à-dire une intention de lèse-patrie (*animus hostilis*), domine et absorbe les procédés dont il a usé pour se diriger vers son objectif.

Au contraire, le coupable a-t-il agi sans avoir cet *animus hostilis*? A-t-il cédé à la légèreté, à la curiosité, à la cupidité ou à tout autre motif, a-t-il eu, par exemple,

1. Révision du procès de Rennes, Débats devant la Cour de cassation, 1906, p. 328 à 330.

le dessein imprudent de rendre service à son propre pays ? Il est un espion.

Ce critérium moral a inspiré la Haute-Cour dans l'affaire Caillaux, où il a été fait application, non de l'article 77 invoqué par le procureur général, mais de l'article 78 (1).

Nombre d'accusés ont cherché à invoquer le mobile de leur acte pour échapper à la pénalité de l'article 76. Ullmo, en particulier, a soutenu que le mobile de ses actes étant non point le dessein de nuire à la France, mais le désir de satisfaire les goûts dispendieux de sa maîtresse, il s'était rendu coupable du délit d'espionnage et non du crime de trahison. Le conseil de guerre maritime de Toulon a néanmoins, par jugement du 22 février 1908, condamné Ullmo à la déportation dans une enceinte fortifiée et à la dégradation militaire.

La cour de Cassation, le 22 mai 1908, rejeta le pourvoi formé contre cette décision (2), par les motifs suivants : « Les questions doivent être posées par le président du conseil de guerre conformément à l'ordre de mise en jugement. Et, lorsque la question principale a été résolue affirmativement, le conseil n'a pas à répondre à une question subsidiaire, qui serait dès lors sans objet.

1. Garçon, *Code pénal annoté*, art. 76, n° 15 ; Garraud, *op. cit.*, p. 523 ; Roux, note sous Cass. 22 mai 1908 (affaire Ullmo. S. 1911.1.121). V. aussi : révision du procès de Rennes (aff. Dreyfus). Débats devant la Cour de cassation, 1906, p. 328 à 330.

2. *Rev. de dr. int. pén.*, 1920.

3. Sirey, 1911.1.21 et la note de M. Roux.

Saisi d'une question relative au crime de trahison, puni par l'article 76, le conseil peut s'abstenir, après l'avoir résolue affirmativement, de statuer sur une question posée par le prévenu et relative au délit d'espionnage réprimé par la loi de 1886. D'ailleurs, la décision du Conseil de guerre sur le caractère et le but des intelligences entretenues par l'inculpé avec l'argent d'une puissance étrangère est irréfragable et n'est pas soumise au contrôle de la Cour de Cassation. »

Ainsi donc, les affirmations de l'inculpé, en ce qui concerne le mobile de son acte, eussent-elles été vraies, il eut été hors du pouvoir de la cour suprême de les accueillir ; car, pour les écouter, il aurait fallu reprendre l'examen de la cause et nier un point de fait affirmé par les juges du fond. La cour de Cassation, dans son arrêt de 1908, n'a donc pas répondu à la question de savoir quels sont les éléments constitutifs par lesquels le crime de trahison se distingue du délit d'espionnage. Elle n'a pris aucun parti sur la valeur de la distinction fondée sur le mobile du coupable.

Nous reviendrons plus loin sur la question du contrôle de la cour suprême, lorsque nous critiquerons la distinction dont il s'agit. Mais il nous faut d'abord montrer comment les partisans de ce critérium peuvent s'appuyer sur la législation positive française.

Rappelons que ce n'est pas l'intention, au sens technique de ce mot dans le droit pénal, mais le mobile du coupable qui est pris ici en considération, c'est-à-dire le désir de nuire au pays ou tout autre désir.

Cela étant, cette distinction peut être défendue au nom de l'esprit de la loi et des textes eux-mêmes.

Considérons d'abord le sentiment exprimé par le législateur lorsqu'il a puni la trahison ou l'espionnage. Exposant le système de l'article 76, le conseiller d'Etat parla « de Français dénaturés, qui entretiennent des intelligences avec l'ennemi », mot inexact si l'on se reporte au texte de l'article 76, mais qui devient juste au fond si l'on songe que les hostilités que le traître cherche à faire naître doivent transformer la puissance étrangère en puissance ennemie. « De si grands crimes, dit Berlier, n'admettent d'autre peine que la mort, peine terrible que le législateur n'inflige qu'avec regret. » Bruneau-Beaurneux, dans son rapport au corps législatif, déclare également « justifiée la peine de mort contre les hommes pervers qui osent diriger contre le sein de leur patrie le fer de ses ennemis (1). Au contraire le rapporteur de la loi de 1886 à la Chambre des Députés, M. Gadaud, n'emploie plus, pour les espions de nationalité française, que les expressions adoucies de mauvais français » de « gens à sens moral peu développé » « d'étourdis, qui, en cas de guerre, craindraient peut-être d'entreprendre ou de favoriser une aussi coupable industrie. (2).

Interrogeons maintenant le texte même de la loi.

1. V. Locré, *Législ. civ. com. et crim.*, t. 29, p. 426 et 459 ; Roux note au Sirey, 1911.1.122.

2. Sirey, *Lois annotées de 1886*, p. 91, note 1, col. 2. V. Roux, *loc. cit.*

Ni dans l'article 1^{er}, ni dans l'article 2 de la loi de 1886, le but poursuivi par l'espion ne figure au nombre des éléments constitutifs du délit. Mais l'article 76 mentionne ce but et exige que les machinations ou intelligences aient eu en vue d'engager une puissance étrangère à commettre des hostilités contre la France. Le mobile du traître est spécifié et c'est sa gravité qui fait la grandeur du crime. « Il est vrai, dit M. Roux (1), que l'article 76 ajoute « ou pour lui en procurer les moyens » ; et ces derniers mots ont vraisemblablement jeté quelque équivoque dans les esprits, car c'est à cela aussi que tend l'espion, quand il divulgue des secrets qui intéressent la défense nationale. En réalité, l'obscurité se dissipe et le doute cesse, si l'on fait attention à l'époque à laquelle a été rédigé le Code pénal, et à la nécessité de prévoir une hypothèse, alors pratique, qui fût demeurée impunie sans ce membre de phrase. Qu'on songe, en effet, que, pendant la Révolution et l'Empire, la France eut en face d'elle l'Europe coalisée, attachée à l'ancien régime que la Révolution avait renversé et inquiète des progrès de nos armes, qui faisaient tomber les uns après les autres les trônes les mieux assis. L'engager à commettre des hostilités et à entreprendre la guerre contre notre pays était une circonstance inutile. Elle y était déjà d'elle-même portée par son double désir de sauver l'ancien régime et de restaurer les trônes disparus. Fallait-il donc, puisqu'elle était d'elle-même décidée à

1. *Loc. cit.*, p. 122, 2^e col.

une déclaration de guerre, ne pas punir le misérable qui lui en fournissait seulement l'occasion, en lui révélant une frontière dégarnie, ou une population prête à se soulever? Le législateur de 1810 ne l'a pas pensé; et prudemment, sagement aussi, il a complété le texte de l'article 76. Mais il est clair que, dans les deux cas, il a supposé comme but prochain et immédiat, voulu par le délinquant et su de lui, l'ouverture des hostilités; sans quoi, contre toute justice, contre toute équité aussi, il aurait confondu sous la même répression impitoyable des faits de gravité morale bien différente. »

Le critérium de l'intention est donc défendable dans l'état actuel des lois pénales françaises. Mais, comme toutes les théories de droit qui impliquent une recherche psychologique, son application est très délicate, elle ouvre la porte à l'arbitraire du juge. Il y a là une considération que nous avons déjà soulignée et sur laquelle nous ne reviendrons pas.

Le danger d'arbitraire atteindrait son maximum si la question d'intention était souverainement tranchée par les juges du fait et s'il n'appartenait pas à la cour suprême d'exercer son contrôle sur cette matière. Or, telle est précisément la manière de voir affirmée par un certain nombre d'arrêts (1). A la vérité, cette doctrine est très contestable; l'intention et aussi le mobile, lorsqu'ils sont pris en considération par le législateur, sont des éléments constitutifs de l'infraction, et il échet

1. Cass. 23 mars 1876. S. 76.1.327; 30 décembre 1904. S. 1905.1.537.

nécessairement à la Cour de Cassation, pour déclarer légale la condamnation prononcée, de vérifier la réunion de tous les éléments du délit, aussi bien moraux que matériels (1). C'est ce que, d'ailleurs, la Cour de Cassation a elle-même reconnu dans une matière assez voisine de celle des crimes contre la sûreté extérieure de l'Etat, à propos des infractions contre la sûreté intérieure de l'Etat, où la recherche de l'intention de l'agent était nécessaire et pour lesquelles elle a déclaré légitime l'appréciation que les juges avaient portée des faits à eux déférés (2).

Mais, même si l'on n'admet pas le pouvoir souverain des juges du fait pour résoudre la question d'intention et si l'on réserve le contrôle de la Cour de Cassation, le danger de l'arbitraire ne s'évanouit pas pour cela. En effet, la cour suprême est obligée de tenir pour constants les faits reconnus par les juges du fond ; elle ne peut faire résulter l'erreur de la qualification admise par eux que d'une contradiction entre leurs diverses affirmations, ou entre le fait matériel par eux constaté et l'élément moral dont ils ont affirmé l'existence. Théoriquement, les juges du fait n'ont plus la souveraineté d'appréciation de l'intention. Mais pratiquement, le résultat se rapproche très sensiblement de celui que donnerait la reconnaissance de cette souveraineté, quand il s'agit des déclarations non motivées d'une cour d'assises

1. Roux, *loc. cit.*, t. 122.

2. V. Cass. 11 décembre 1858. S. 59.1.525 ; 16 août 1862. S. 63.1.221.

ou d'un Conseil de guerre, et que, de plus, la matérialité de l'infraction commise se confond avec celle de l'infraction affirmée par les juges. C'est ce qui fait naître le danger d'arbitraire (1).

Aussi la jurisprudence n'a-t-elle guère cherché dans le critérium moral la distinction de la trahison et de l'espionnage. L'arrêt de la commission d'instruction, jouant le rôle de Chambre des mises en accusation, qui a renvoyé M. Caillaux devant la Haute-Cour, a formellement rejeté la nécessité d'un dol spécial en matière de trahison et a déclaré que l'intention générale du droit pénal suffit pour que le crime soit constitué. « Attendu que, dit la Commission, quel qu'ait été le mobile, esprit de lucre, esprit de parti, ambition politique ou tout autre motif, l'auteur de ces actes n'en est pas moins coupable d'attentat à la sûreté extérieure de l'Etat s'il les a sciemment perpétrés. » (2) L'ordonnance du gouverneur militaire de Paris, qui ouvrait la procédure, visait les articles 76, 77, 79, du Code pénal et 205 du Code de justice militaire. L'arrêt de la Commission d'instruction visa seulement les articles 77 et 79 du code pénal et 205 du Code de justice militaire, mais, comme il employait dans ses motifs l'expression générale « d'attentat à la sûreté extérieure de l'Etat », il était permis de croire qu'il formulait une opinion générale et qu'on pouvait en tirer argument en ce qui concerne l'article 76.

1. Roux, *loc. cit.*

2. V. Affaire Caillaux, *Revue des causes célèbres politiques et criminelles*, p. 913.

Quant à la Haute-Cour, elle n'a pas été sans s'inspirer du critérium moral, puisqu'elle a fait application, non de l'article 77 invoqué par le Procureur général, mais bien de l'article 78 Code pénal. Telle est la seule concession que la jurisprudence ait faite au critérium du mobile. En définitive, nous concluons que, dans l'état actuel de la législation française, il est seulement possible d'appliquer les textes relatifs aux crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'Etat, sans que ces textes fournissent le fondement d'une distinction entre la trahison et l'espionnage. Une réforme législative paraît nécessaire sur ce point. Elle doit, à notre sens, prendre la nationalité comme critérium de la discrimination dont il s'agit.

CHAPITRE II

LA COMPÉTENCE

En principe, les crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'Etat sont justiciables des tribunaux ordinaires, c'est-à-dire de la Cour d'Assises et du tribunal correctionnel. Mais cette règle souffre d'importantes exceptions et n'échappe pas, en elle-même, à la critique. Il convient donc de l'examiner, d'abord en législation positive, puis au point de vue rationnel et législatif.

SECTION I

La législation positive

La compétence des tribunaux ordinaires se trouvant limitée par celle des Conseils de guerre et de la Haute-Cour considérons successivement :

1^o La Compétence des Conseils de guerre en matière d'infractions commises par des militaires ;

2^o La Compétence des Conseils de guerre en matière d'infractions commises par des civils ;

3^o La Compétence de la Haute-Cour.

*PREMIÈRE PARTIE***COMPÉTENCE DES CONSEILS DE GUERRE
EN MATIÈRES D'INFRACTIONS
COMMISES PAR DES MILITAIRES**

Les militaires, marins ou assimilés, sont toujours soumis aux juridictions spéciales dont ils relèvent, conformément aux codes de justice militaire des armées de terre et de mer. Si l'on suppose une mobilisation industrielle, inséparable, dans les guerres éventuelles, de la mobilisation militaire proprement dite, presque toute population valide, masculine ou féminine, peut se trouver justiciable des conseils de guerre, pourvu que tout individu mobilisé industriellement (et ce terme est susceptible de la plus large extension) soit assimilé à un militaire. Sans que le principe de la compétence des tribunaux ordinaires soit entamé, on voit quelle brèche il est par là même possible de lui faire ; mais il y a plus, puisque les civils eux-mêmes sont, dans une assez large mesure, justiciables de la juridiction militaire, ainsi qu'on va le voir.

*DEUXIÈME PARTIE***COMPÉTENCE DES CONSEILS DE GUERRE
EN MATIÈRE D'INFRACTIONS COMMISES PAR DES CIVILS**

Cette compétence est facultative ou obligatoire : la compétence facultative résulte de l'article 8 de la loi de 1849, modifié par l'article 6 de la loi du 27 avril 1916 ;

cet article vise l'hypothèse où l'état de siège est proclamé, en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère : il accorde à la justice militaire le droit d'évoquer à elle la répression d'un certain nombre d'infractions commises par des civils.

L'origine historique (1) du droit pour les conseils de guerre de connaître de certaines infractions commises par les civils, quand l'état de siège est proclamé, se trouve dans le décret du 24 décembre 1811 (art. 103). Dès le premier Empire, on avait contesté la légalité de cet article. En 1832, la cour de Cassation le déclara illégal, comme contraire aux articles 53, 54 et 56 de la Charte de 1830, qui consacraient l'institution du jury et le droit aux juges naturels (2). La même année, le ministre de la justice Barthe voulut reprendre la question par voie législative, mais, après de longues discussions, son projet finit par échouer. L'article 8 de la loi du 9 août 1849 rétablit la compétence des conseils de guerre après la déclaration de l'état de siège. Ce texte ayant soulevé de nombreuses difficultés, la loi du 27 avril 1916 énuméra les crimes qui appartiennent, en semblable hypothèse, à la compétence des conseils de guerre.

Parmi les infractions énumérées par l'article 8 de la loi de 1849, modifié par l'article 6 de la loi de 1916, figurent celles prévues par les articles 75 à 85 du Code

1. Romain, *L'Etat de siège politique*. Thèse Toulousé, 1918.

2. Arrêt Geoffroy 29 juin 1832. S. 1832.1.401.

pénal et par la loi de 1886 sur l'espionnage. Les conseils de guerre appliquent alors les dispositions du Code pénal et la loi de 1886 ainsi que les auraient appliquées le tribunal correctionnel ou la Cour d'Assises ; les infractions restent donc politiques.

La compétence facultative n'existe d'ailleurs qu'à partir de la déclaration de l'état de siège. Il semble que ce fait ait été obscurci lors de la dernière guerre (1) : un nommé Gruau s'était approprié des renseignements sans valeur sur la T. S. F. de la tour Eiffel ; la peine de mort fut prononcée contre lui par le conseil de guerre. Mais cette décision était intervenue le 3 août 1914, alors que l'état de siège fut déclaré seulement le 5 août. Néanmoins le conseil de révision admit la compétence du conseil de guerre en considérant que, par suite de l'invasion, l'état de siège aurait préexisté à sa déclaration. Cette conception de la rétroactivité de l'état de siège était fausse ; sans doute pouvait-on faire valoir la rétroactivité des lois de compétence et de procédure ; mais le conseil de guerre avait appliqué le Code de justice militaire à un non mobilisé. Une telle application ne s'expliquerait que par la rétroactivité de l'état de siège, et constituait une violation de la règle *nulla poena sine lege* (art. 4. C. p.).

Quant à la compétence obligatoire des conseils de guerre en matière d'infractions commises par des civils, elle résulte des articles 63, 64, 69 et 70 du Code de justice militaire.

1. *Revue pénitentiaire*, 1915, p. 216.

L'article 63 vise le cas où l'armée française se trouve sur le territoire ennemi ; le conseil de guerre pourra alors juger « tout individu » coupable de l'une des infractions prévues au titre II du livre IV du Code de justice militaire. Au nombre de ces infractions figurent des attentats à la sûreté extérieure de l'Etat punis par les articles 204 à 208.

L'article 64 concerne le cas où l'armée française opère en territoire français contre un envahisseur. Les conseils de guerre peuvent alors connaître d'un certain nombre d'infractions visées par le Code de justice militaire et commises par des civils français ou étrangers « dans l'arrondissement de l'armée ». L'énumération de ces infractions n'est pas identique pour les étrangers et pour les Français. L'article 64, en effet, s'exprime ainsi : « Sont également justiciables des conseils de guerre, lorsque l'armée se trouve sur le territoire français, en présence de l'ennemi, pour crimes et délits commis dans l'arrondissement de cette armée : 1^o Les étrangers prévenus de crimes et délits prévus par l'article précédent (art. 204 à 266 inclus). 2^o Tous individus prévenus comme auteurs ou complices des crimes prévus par les articles 204, 205, 206, 207, 208... du présent code etc. Mais Français et étrangers sont soumis à l'application des articles 204 à 208 du Code de justice militaire.

L'article 69 étend aux parties du territoire déclarées en état de guerre les règles de compétence des conseils de guerre aux armées et, par conséquent, les dispositions de l'article 64.

Enfin l'article 70 étend les dispositions des articles 63 et 64 aux départements et communes déclarées en état de siège et aux places investies, sans préjudice, ajoute le texte, de l'application de la loi de 1849.

Lorsque cette compétence obligatoire des conseils de guerre, résultant des articles précédents, viendra à s'exercer (1), les civils pourront se voir appliquer certaines dispositions du code de justice militaire, particulièrement les articles 204 à 208, relatifs à l'espionnage et à la trahison. Or ces textes prévoient la peine de mort et, comme ils sont postérieurs à l'abolition de celle-ci en matière politique, c'est bien la peine de mort qui doit être prononcée.

De même, s'il accorde les circonstances atténuantes, le conseil de guerre appliquera la peine des travaux forcés, c'est-à-dire, une peine de droit commun. La question se pose alors de savoir si un civil condamné pour trahison ou espionnage, par application du code de justice militaire, est un criminel politique ou un criminel de droit commun?

Pour répondre à cette question, il y a lieu, tout d'abord, d'observer que les dispositions précitées du Code de justice militaire, rédigé en 1857, ne devaient s'appliquer aux civils, que dans des conditions très limitées de temps

1. Les articles 204 et suivants du Code de justice militaire cessent d'être applicables aux civils dès le retour à l'état de paix, même si la compétence facultative des Conseils de guerre était maintenue en vertu de l'article 8 de la loi du 9 août 1849. (Voir Cassation 26 mars 1920. Dalloz, 1920.1.33.)

et de lieu : (1) « L'arrondissement de l'armée » dont parle l'article 64, les territoires en état de guerre ou de siège dont s'occupent les articles 69 et 70, ne semblaient devoir jamais représenter qu'une portion relativement restreinte du territoire, de même que le temps de guerre paraissait devoir être relativement court. Or, les événements ont donné, aux textes dont il s'agit une énorme extension. Pendant la guerre de 1914-1918, la zone des armées a pris une superficie que nul, auparavant, n'aurait pu soupçonner. D'autre part, le décret du 2 août 1914 a mis en état de siège tout le territoire continental de la France ainsi que l'Algérie ; l'état de guerre, proclamé par le décret du 10 août 1914 dans le gouvernement militaire de Paris, onze régions de corps d'armée et dans les subdivisions de région de Brest, Quimper et Lorient, a été étendu à tout le territoire par le décret du 8 septembre 1914. « Ainsi, dit M. Plassard, (2) des textes qui, dans la pensée de leurs auteurs, étaient destinés à ne jouer que dans des circonstances particulières et restreintes, ont reçu leur application sur tout le territoire, et pendant la longue durée de la guerre. Cette extension a été le résultat nécessaire du nouveau caractère des conflits internationaux, dont l'action se fait sentir sur tout le territoire des belligérants et qui, mettant en œuvre toutes leurs forces, imposent des devoirs à tous leurs citoyens, civils ou soldats. »

1. V. Plassard, *Evolution de la nature juridique des attentats contre la sûreté extérieure de l'Etat*, 1924. Travaux de la conférence de droit pénal de la Faculté de Paris.

2. *Op. cit.*, p. 62-63.

Cela étant, quelle est la nature juridique de l'infraction ayant donné lieu à l'application par le conseil de guerre des articles 204 et suivants du Code de justice militaire? Demeure-t-elle la même que si le coupable avait été condamné par application des articles 76 et suivants du code pénal? Est-ce une infraction de droit, commun, ou une infraction politique?

D'après une théorie exposée par M Magnol dans son cours de droit criminel, il conviendrait de considérer une telle infraction comme politique, mais exceptionnellement frappée de peines de droit commun, en raison de sa gravité particulière.

Cette conception s'appuie sur un argument théorique et sur un argument de texte. D'abord, en présence d'infractions qui mettent, en temps de guerre, l'existence de la nation en péril, le législateur a cru devoir apporter une exception à l'abolition de la peine de mort en matière politique; M. Magnol fait ensuite état de l'article 198 du Code pénal, qui vise le cas d'un fonctionnaire participant à l'exécution d'une infraction qu'il aurait dû, de par les obligations de sa charge, réprimer ou prévenir. Ce texte, envisageant l'hypothèse où cette infraction est de nature politique, prononce alors contre le fonctionnaire une peine de droit commun.

Si séduisante qu'elle puisse paraître, cette argumentation de M. Magnol se heurte à cette objection que c'est, avant tout, de la double échelle des peines que

découle, en droit français, la théorie de l'infraction politique.

Aussi préférons-nous le système de M. Plassard (1) qui peut ainsi se résumer : les articles 204 et suivants du Code de justice militaire ont été écrits pour les militaires, et ce n'est qu'en vertu des dispositions exceptionnelles des articles 63 et 64, 69 et 70 qu'il peut en être fait application aux civils. Or, lorsqu'ils sont commis par un militaire, les crimes des articles 204 et suivants constituent une catégorie à part, et la distinction des infractions politiques et de droit commun n'a aucune portée en ce qui les concerne. Ces crimes, qu'ils soient commis par des militaires ou par des civils, sont des infractions militaires, *lato sensu*. La raison en est que tous, civils ou militaires, sont soumis, en temps de guerre, au devoir militaire qui se confond avec le devoir envers la Patrie comme la nation mobilisée se confond avec l'armée.

TROISIÈME PARTIE

LA COMPÉTENCE DE LA HAUTE COUR

Une autre exception au principe de la compétence des tribunaux ordinaires, en notre matière, résulte de l'institution de la Haute-Cour, dont nous n'avons ici qu'à dessiner les traits généraux. En tout temps, un décret du Président de la République, rendu en Conseil des Ministres, peut attribuer au Sénat, constitué en

1. *Op. cit.*, p. 65 et 66.

Haute-Cour de Justice, le droit de juger les individus accusés d'attentat contre la sûreté de l'Etat. (Loi du 24 février 1875, art. 9 ; loi du 16 juillet 1875, art. 12).

La Haute-Cour est compétente pour connaître des attentats contre la sûreté extérieure de l'Etat de même que des attentats contre la sûreté intérieure. Cette opinion qui avait été quelque peu discutée, a prévalu lors de l'affaire Caillaux.

Telle est la compétence *ratione materiae* de la Haute-Cour. La loi du 10 avril 1889 a réglé, pour cette compétence, la procédure de cette juridiction. L'instruction est faite par une commission de neuf sénateurs prononçant la mise en accusation. Les fonctions du ministère public sont remplies par le procureur général près la Cour de Cassation. Les débats sont publics.

Mais la Haute-Cour a aussi une compétence *ratione personae*. Devant elle sont mis en accusation le Président de la République ou les Ministres. La loi n'a pas réglé les formes de la poursuite, de l'instruction et du jugement lorsqu'il s'agit de cette compétence.

Dans l'opinion des criminalistes, la Haute-Cour n'aurait pas alors le pouvoir de fixer souverainement l'incrimination et la peine. La règle *nulla pena sine lege* conserverait son empire absolu.

Dans l'opinion des publicistes, au contraire, il existerait une responsabilité politico-pénale du ministre mis en accusation, qui autoriserait la Haute-Cour à créer elle-même la pénalité et l'incrimination. Cette solution a prévalu dans l'affaire Malvy, déclaré coupable

de forfaiture en dehors des cas établis par le Code pénal, et condamné au bannissement au lieu de la dégradation civique.

Cette absence d'organisation de la Haute-Cour, dans le domaine de sa compétence *ratione personae*, est fort regrettable. Les incertitudes que nous venons d'indiquer ne se produisent pas lorsqu'il s'agit de la compétence *ratione materiae* ; il est certain que la compétence du Sénat est alors concurrente avec celle des juridictions de droit commun (loi 16 juillet 1875, art. 12). La loi constitutionnelle, prévoyant l'instruction commencée par la justice ordinaire, décide « que le décret de convocation du Sénat peut être rendu jusqu'à l'arrêt de renvoi ». La qualification et la peine des crimes qui donneront lieu à la poursuite seront identiques, quelle que soit la juridiction saisie. Faisant application de ce principe, l'article 13 de la loi du 10 avril 1889 dispose : « Les dispositions pénales relatives au fait dont l'accusé sera reconnu coupable, combinées, s'il y a lieu, avec l'article 463 du Code pénal, seront appliquées, sans qu'il appartienne au Sénat d'y substituer de moindres peines. Ces dispositions seront rappelées textuellement dans l'arrêt ».

SECTION II

La question de compétence en législation

Le principe de la compétence des tribunaux ordinaires subit, nous venons de le voir, de telles atténuations

que sa portée est, en fait, assez limitée. Mais n'y a-t-il pas lieu de l'effacer complètement et de la remplacer par celui de la compétence de la juridiction militaire?

Le projet de loi voté par la Chambre des Députés, le 6 juillet 1895, attribuait compétence au conseil de guerre pour connaître des crimes prévus aux articles 75 à 83 du Code pénal, même lorsque leur auteur n'appartient pas à l'armée. L'article 4 de ce projet était, en effet, ainsi rédigé. » Il est ajouté à l'article 77 du Code de justice militaire du 9 juin 1857, un paragraphe 5 ainsi conçu : « S'il s'agit de crimes ou délits contre la sûreté extérieure de l'Etat, prévus par les articles 75 à 83 du Code pénal, commis par des justiciables des conseils de guerre et par des individus non justiciables de ces conseils ».

La compétence générale de la juridiction militaire se justifierait par les plus sérieuses considérations.

Les infractions dont il s'agit sont commises durant la guerre ou, en vue de la guerre, dans l'état de paix armée auquel la guerre mondiale n'a malheureusement pas mis fin. On ne saurait donc faire état d'un prétendu caractère pacifique de la situation internationale pour défendre la compétence des tribunaux ordinaires. Sans doute, si le monde connaissait un désarmement général, réel et sincère, on pourrait songer à restreindre et même à supprimer la compétence des tribunaux militaires, mais alors, dans ce régime universel de la paix matérielle et morale, la trahison et l'espionnage ne se

concevraient plus guère eux-mêmes. Jusqu'à ce que ce rêve se réalise, les attentats contre la sûreté extérieure de l'Etat demeureront des infractions de guerre ou d'avant-guerre, au sens particulièrement grave où cette dernière expression est prise depuis 1914 ; l'opportunité de leur répression par les Conseils de Guerre est par là-même établie.

Il ne faut pas oublier, d'autre part, que l'évolution de l'organisation militaire, partie de l'armée entièrement professionnelle pour aboutir à la nation armée, tend à abolir, même en temps de paix, toute distinction essentielle entre les soldats et les civils, au point de vue de leurs obligations envers la justice. Tous ont le même devoir, et également impérieux, de ne point attenter à la sécurité du pays. Ce devoir n'est pas militaire, au sens étroit qu'avait ce mot à l'époque de l'armée professionnelle, mais il est militaire au sens large et nouveau que revêt cette expression, dans l'état contemporain où, les devoirs militaires, se confondant, avec les devoirs envers la Patrie envisagée dans sa défense et sa sécurité extérieure, s'imposent comme tels à tous les citoyens.

Cette considération permet d'écarter l'objection dirigée contre une solution qui tendrait à soustraire les citoyens à leur juge naturel pour les livrer à une juridiction exceptionnelle : la question n'est-elle pas de savoir si les juridictions militaires doivent conserver leur caractère exceptionnel ?

« Du moment que tous les citoyens sont soldats, dirons-

nous avec M. Plassard (1), du moment surtout que le devoir militaire, conçu dans son acception la plus large, pèse sur tous les Français, le conseil de guerre doit cesser d'être une juridiction dont la compétence est restreinte à certaines catégories de personnes. Cette compétence devrait s'étendre, quelqu'en soit l'auteur, à certaines catégories de crimes que tous les Français peuvent commettre, parce qu'ils ont tous les mêmes devoirs ».

Le caractère exceptionnel de la justice militaire tend, du reste, de plus en plus, à disparaître: ainsi les garanties données au prévenu au cours de l'instruction, les circonstances atténuantes, la loi de sursis, lui ont été successivement étendues. Abstraction faite du temps de guerre, et peut-être seulement de la zone des armées, elle doit être entourée des mêmes garanties que la justice des Cours d'Assises ou des Tribunaux Correctionnels.

Il serait d'ailleurs possible d'organiser un recrutement plus large pour les conseils de guerre qui seraient appelés à juger, en temps de paix, une personne étrangère à l'armée active: on pourrait introduire, dans les conseils, des militaires de la réserve ou de la territoriale, en conformité avec la conception qui, même en temps de paix, identifie l'armée et la nation.

Le jour où ces idées auront prévalu, où la justice militaire, soumise aux règles générales du droit et de la pro-

1. *Op. cit.*, p. 71.

cédure pénales, n'aura plus un caractère exceptionnel, on ne pourra plus dresser contre sa compétence générale, en matière de trahison et d'espionnage, aucune objection tirée du régime libéral de la législation.

CHAPITRE III

LA NATIONALITÉ DE L'AGENT

Les crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'Etat soulèvent des questions assez délicates en ce qui concerne la nationalité de l'agent. Il y a lieu de distinguer le crime de l'art. 75 et les crimes des articles 76 et suivants.

Le crime de port d'armes contre la France existe dès que l'auteur possède la nationalité française lors du fait incriminé, qu'il l'ait acquise par la naissance ou par la naturalisation. L'article punit, en effet, tout Français, sans distinction, c'est-à-dire celui qui a cette qualité au moment où il porte les armes contre son pays.

L'incrimination concerne non seulement les citoyens français, mais aussi les sujets français, les indigènes des colonies soumises à la souveraineté de la France ; mais elle ne concerne pas les indigènes des pays de protectorat.

L'article 75 ne punit pas celui qui, après avoir eu la qualité de Français, l'a perdue par un fait autre que celui d'accepter du service militaire contre la France.

En supposant, en effet, que le port d'armes contre la

France soit le fait d'un Français devenu étranger, plusieurs hypothèses sont à prévoir (1).

En premier lieu, si l'individu est Français au moment où il porte les armes contre son pays, la perte de la nationalité française est la conséquence immédiate du seul fait d'avoir pris, sans l'autorisation du Président de la République, du service militaire à l'étranger, et, à plus forte raison, du port d'armes contre la France (art. 21, C. civil). A la sanction civile de la perte de la nationalité s'ajoute la sanction pénale de l'article 75.

L'article 21 du Code civil a d'ailleurs été modifié par la loi du 26 juin 1889, aux termes de laquelle : « Le Français qui, sans autorisation du gouvernement, prendrait du service militaire à l'étranger, ne pourra rentrer en France qu'en vertu d'une permission accordée par décret et recouvrer la qualité de Français qu'en remplissant les conditions imposées en France à l'étranger pour obtenir la naturalisation ordinaire ».

Qu'arriverait-il si le Français avait été autorisé par le Président de la République à prendre du service dans une armée étrangère? Cette autorisation n'a pu être accordée qu'avec la réserve tacite qu'elle serait révoquée de plein droit, si l'armée étrangère entre en campagne contre la France. Dans cette hypothèse le Français doit envoyer sa démission au gouvernement étranger. Et, si le Français ne voit pas sa démission acceptée, s'il est en quelque sorte obligé de rester au service de l'ennemi, il ne saurait

1. Garraud, *loc. cit.*, p. 511.

prétendre, pour éviter la répression qu'il a été contraint de porter les armes contre la France par une force à laquelle il n'a pu résister (art. 64 C. pén.) (1).

Mais l'article 75 ne s'applique pas à celui qui, avant de prendre les armes contre la France, avait perdu la qualité de Français par une naturalisation acquise en pays étranger, par l'acceptation non autorisée de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger, par tout établissement fait en pays étranger sans esprit de retour. Les décrets du 6 avril 1098 et du 26 août 1811, d'une légalité d'ailleurs contestable, qui avaient étendu l'article 75 « même à ceux qui auraient obtenu des lettres de naturalisation en pays étranger » ont été abrogés par la loi du 26 juin 1889.

Occupons-nous maintenant des articles 76 et suivants, au sujet desquels la question de nationalité offre beaucoup plus de difficulté.

L'article 76 est absolument général et punit « quiconque » a pratiqué des intelligences avec les puissances étrangères » ; il ne contient aucune distinction entre les Français et les étrangers. D'autre part, l'article 7 du Code d'instruction criminelle décide que l'étranger qui, hors du territoire français, se rend coupable d'un crime attentatoire à la sûreté de l'Etat, pourra être poursuivi et jugé d'après les lois françaises, s'il est arrêté en France ou si le gouvernement obtient son extradition. Il n'est donc pas nécessaire que le coupable soit revenu

1. Garraud, *loc. cit.*

volontairement en France ; exigée en général pour la poursuite devant les tribunaux français d'un crime commis à l'étranger, cette condition cesse d'être requise lorsqu'il s'agit d'un crime contre la sûreté de l'Etat.

La loi répressive des attentats contre la sûreté extérieure de l'Etat s'applique-t-elle donc aux étrangers comme aux Français, et même dans le cas où l'étranger a perpétré son acte à l'étranger ?

Ce problème a donné naissance à cinq systèmes qu'il convient d'exposer et d'apprécier :

1^o Les textes ne s'appliquent pas aux étrangers ;

2^o Les textes s'appliquent aux seuls étrangers résidant en France ;

3^o Les textes s'appliquent aux seuls étrangers ayant perpétré l'acte en France ;

4^o Les textes s'appliquent à tous les étrangers ;

5^o Les textes s'appliquent à tous les étrangers, mais sous réserve du droit des gens

§ 1. — LES TEXTES NE S'APPLIQUENT PAS AUX ÉTRANGERS

D'après un premier système, les Français seuls pourraient être punis, car il s'agit de crimes supposant la violation du devoir de fidélité.

Cette manière de voir est, d'abord, en contradiction avec les textes du Code pénal français, qui sont rédigés en termes aussi généraux que possible.

Elle est, au surplus, critiquable aussi bien au point de vue de la politique criminelle qu'au point de vue

national, car, soit qu'elles aient été commises par des Français, soit qu'elles l'aient été par des étrangers, les infractions dont il s'agit méritent une sanction et commandent une réaction de défense de la nation envisagée.

L'argument tiré de l'existence d'un devoir de fidélité entre les Français et la France, de l'inexistence d'un tel devoir entre les étrangers et la France, s'évanouit complètement si l'on se rappelle la distinction rationnelle que nous avons opérée entre la trahison et l'espionnage. L'infraction est-elle, en effet, commise par un étranger, non soumis au devoir de fidélité, elle constitue un espionnage ; elle est punie moins sévèrement que si, perpétrée par un Français, elle était une trahison, mais elle doit néanmoins être réprimée au nom des intérêts supérieurs de la défense du pays.

§ 2.— LES TEXTES S'APPLIQUENT AUX SEULS ÉTRANGERS RÉSIDENT EN FRANCE

Un second système assimile aux nationaux les étrangers séjournant sur le territoire français (1) ; les étrangers ne résidant pas en France ne sont pas tenus, vis-à-vis de la France, d'obligations aussi strictes que les Français : on en conclut qu'ils ne peuvent se rendre coupables de trahison. Cette solution analogue à celle du Code pénal suisse, n'a aucun fondement dans les textes ; elle est en contradiction absolue avec l'article 7 du

1. Garçon, *Code pénal annoté*, art. 76 ; Garraud, *loc. cit.*, p. 554.

Code d'instruction criminelle qui ne subordonne la répression, par les juridictions françaises, des crimes commis par les étrangers à l'étranger, quand ils intéressent notamment la sûreté de l'Etat, qu'à l'arrestation, en France, de l'auteur de l'infraction.

Dire que les étrangers ne sont pas tenus vis-à-vis de la France des mêmes obligations que les Français, c'est encore invoquer l'argument du devoir de fidélité, auquel nous avons répondu par la discrimination de l'espionnage et de la trahison.

En droit anglais, cette idée de la fidélité au pays, ou, plus exactement, au roi, joue un rôle prépondérant. Un étranger ne tombe sous le coup de la loi de trahison qui si, en venant dans le royaume, et en obtenant ainsi le bénéfice de la protection du roi, il s'est, par suite, placé dans l'obligation de respecter une allégeance qui ne présente, il est vrai, qu'un caractère local et temporaire (1) ; cette allégeance temporaire, qui est la conséquence du domicile, et sur laquelle on a insisté dans plusieurs espèces relatives à l'Afrique du Sud, est due par tout sujet d'un Etat ami dès qu'il entre dans les Dominions, et alors même que son arrivée n'est inspirée que par des intentions hostiles. Mais, étant donné que le devoir de respecter cette allégeance ne se prolonge pas pendant toute la vie de l'étranger, comme dans le cas des sujets du roi, mais n'est que temporaire, on a été jusqu'à soutenir qu'il ne persiste pas nécessairement

1. Kenny, *Esquisse du droit criminel anglais*, 9^e édition, traduction Paulian, 1921, p. 343.

pendant toute la durée de la résidence, et qu'il cesse lorsque l'étranger ne bénéficie plus effectivement de la protection du roi. Ainsi, dans une affaire où le territoire britannique, sur lequel un Boer résidait depuis dix ans, avait été occupé par les troupes de son pays, et où ce Boer s'était joint à ses compatriotes, il a été allégué que le retrait des forces anglaises avait dissout son allégeance britannique et que sa conduite ultérieure ne constituait pas un acte de trahison envers le roi ; mais le Comité judiciaire n'a pas adopté cette manière de voir : il a fait remarquer que, dès l'expulsion des envahisseurs, les tribunaux du roi accordaient une réparation pour tous les dommages subis pendant l'occupation hostile et que la protection du roi se trouvait donc continue. On ne saurait tolérer que, dès l'occupation d'une province par l'ennemi, les étrangers résidant sur ce territoire puissent se joindre impunément à l'envahisseur, un petit corps d'invasion pouvant ainsi se transformer en armée (1).

De telles considérations relatives à l'allégeance sont étrangères au droit pénal français. La nationalité du coupable, nous l'avons vu, peut fournir un critérium rationnel de distinction entre le crime de trahison et le délit d'espionnage ; mais la qualité d'étranger ne saurait avoir pour conséquence de soustraire à la répression un individu, lorsque celui-ci ne réside pas en France.

1. Kenny, *op. cit.*, p. 344.

§ 3. — LES TEXTES S'APPLIQUENT AUX SEULS ÉTRANGERS
AYANT PERPÉTRÉ L'ACTE EN FRANCE

Le troisième système ne recherche pas si l'étranger réside ou non sur le territoire français, mais si l'attentat a été commis par l'étranger sur ce territoire.

En faveur de cette conception, on invoque la disposition générale de l'article 76, la territorialité de la loi pénale et l'article 269 du code de justice militaire qui assimile les territoires occupés au territoire français (1).

Mais cette théorie ne tient pas compte de l'article 7 du Code d'instruction criminelle aux termes duquel l'étranger qui, hors du territoire français, commet un attentat contre la sûreté de l'État français, peut être puni et jugé d'après les lois françaises, s'il est arrêté en France, ou si le gouvernement obtient son extradition. La territorialité de la loi pénale ne conduit donc nullement à décider qu'un fait commis hors du territoire échappe de toute nécessité à la répression. Si l'on suppose qu'un étranger a pratiqué à l'étranger un espionnage contre la France, il est juste et il est nécessaire, dans l'intérêt de la défense nationale, de le punir lorsqu'on parvient à le saisir.

§ 4. — LES TEXTES S'APPLIQUENT A TOUS LES ÉTRANGERS

Est-ce à dire qu'il soit nécessaire, par voie d'élimination des systèmes précédents, de reconnaître purement

1. V. *Revue int. D. P.*, 1920, p. 432.

et simplement la compétence des tribunaux français et l'application de la loi française pour les infractions des articles 76 et suivants, même si ces infractions sont commises par un étranger à l'étranger?

Les législations italienne, belge, hollandaise et suisse consacrent un semblable système, le droit pénal allemand arrive à la même solution.

En Allemagne, si nous considérons la trahison du pays (Landesverrat), nous voyons que le rapport de fidélité (Treueverhältniss) du citoyen envers son pays est, en principe, d'une importance capitale. Mais l'étranger peut, lui aussi, se rendre coupable de trahison envers l'Etat allemand dans les cas suivants : (1).

1^o En cas de trahison diplomatique (Diplomatische Landesverrath) la nationalité de l'auteur n'a absolument aucune importance.

2^o L'étranger qui commet certains actes constitutifs de la trahison militaire pendant qu'il séjourne sur le territoire allemand, sous la protection de l'Allemagne (par exemple comme négociant établi, même comme prisonnier de guerre), est puni de la même façon que le national. Les actes dont il s'agit ici sont assez nombreux : l'entretien d'intelligences avec un Etat étranger dans le but d'amener cet Etat à faire la guerre à l'Allemagne ; le fait de favoriser l'ennemi contre l'Allemagne ou de porter préjudice à la force militaire de l'Allemagne ou de ses alliés ; la mise au pouvoir de l'ennemi de forte-

1. V. Liszt, *Traité de droit pénal allemand*, traduction Lobstein, p. 374-375.

resses, points de défense, forces militaires, navires, fonds publics, approvisionnements de guerre, etc..., le fait de conduire des troupes à l'ennemi ou d'inciter des hommes appartenant aux forces de l'Allemagne ou de ses alliés à passer à l'ennemi ; la communication à l'ennemi de plans d'opérations, forteresses ou de positions fortifiées ; le fait de servir d'espion à l'ennemi, d'accueillir, de cacher des espions ennemis ou de leur prêter assistance ; le fait de soulever une sédition parmi les hommes appartenant aux forces militaires allemandes ou à celles d'un Etat allié.

3^o En cas de *Kriegsverath* (trahison en temps de guerre) on procède à l'égard de l'étranger en se conformant aux lois et usages de la guerre.

Or, dans aucune de ces trois séries d'hypothèses, il n'est fait de distinction selon que l'attentat à la sûreté de l'Allemagne est commis par l'étranger sur le territoire ou hors du territoire allemand. Il est vrai que certains auteurs allemands n'ont regardé le *Diplomatische-landesverrath* comme punissable que s'il est perpétré sur le territoire. Mais leur manière de voir a été écartée par la jurisprudence pendant la guerre, et même avant la guerre, dans l'affaire *Schnoebelé*.

En France, l'application absolue des articles 76 et suivants aux étrangers, même si l'attentat a été commis à l'étranger, a été écartée par la doctrine, mais acceptée par la jurisprudence au cours de la guerre (1). L'argu-

1. Cassation 15 janvier 1920, *Rev. dr. intern.*, 1920, p. 432.

ment invoqué en faveur de cette application est surtout l'expression générale « quiconque » de l'article 76,

Mais la seule considération de la lettre de la loi ne saurait, à notre sens, suffire pour trancher une question aussi grave que celle que nous examinons.

Il n'est pas douteux que le système si extensif dont il s'agit, conduit à des conséquences très injustes et méconnaît les principes de mutuelle indépendance qui sont la loi essentielle des rapports internationaux (1).

Pour montrer l'erreur de ceux qui appliquent toujours l'article 76 au crime commis par un étranger à l'étranger, la *Revue pénitentiaire*, dans sa chronique judiciaire de 1915-16, imagine quelques hypothèses concrètes très claires (2).

« Il y a en ce moment dans tous les pays neutres, écrit le chroniqueur, en Bulgarie, en Roumanie, aux Etats-Unis, de très nombreux Allemands qui font tous leurs efforts pour amener ces Etats à sortir de leur neutralité et à se joindre à l'Allemagne, contre la France et ses alliés. Evidemment ils entretiennent ainsi des intelligences avec une puissance étrangère ou ses agents, pour engager le gouvernement de ces pays neutres à commettre des hostilités contre nous. Les moyens qu'ils emploient, les arguments dont ils usent, les mensonges auxquels ils ont recours, peuvent même à bon droit être considérés comme des machinations, des artifices

1. Garçon, *Code pénal annoté*, art. 76, n° 3 ; Garraud, *op. cit.*

2. P. 498 et suiv.

très coupables ; dira-t-on cependant qu'ils tombent sous le coup de l'article 76 et que nous devons les condamner si nous pouvons nous emparer de leur personne ? Un grand nombre d'officiers prussiens ont pratiqué ces menées en Italie jusqu'au jour où elle a déclaré la guerre à l'Autriche ; ils ont fait tout ce qu'ils ont pu pour empêcher la dénonciation de la triplique, et pour obtenir que l'Italie en exécute les clauses, dont la duplicité autrichienne et allemande l'avait dégagée. Cette campagne pouvait nous causer un grand mal, assurément, mais les Allemands qui la conduisaient, il faut au moins le reconnaître, agissaient dans l'intérêt de leur pays et remplissaient leur devoir envers lui. Pourrait-on les condamner à la déportation dans une enceinte fortifiée si maintenant, nous les faisons prisonniers de guerre ? Pourrions-nous demander leur extradition ? Si quelques uns répondaient affirmativement à cette question, je leur dirais : il y a en ce moment en Hollande, en Roumanie, en Bulgarie, aux Etats-Unis, d'excellents Français qui, pour accomplir leur devoir de patriotes, font aussi tous leurs efforts pour convaincre les gouvernements de ces pays neutres qu'il est de leur intérêt comme de leur honneur de combattre à côté de nos armées contre l'Allemagne, pour la victoire du droit, de la justice et de la civilisation. Ces Français sont-ils des criminels, et l'Allemagne aura-t-elle le droit de les punir si elle parvenait à s'emparer de leur personne ? »

La chronique à laquelle nous avons emprunté la citation précédente imagine, en second lieu, l'hypothèse

d'un Hollandais, d'un Roumain, d'un Bulgare cherchant à convaincre son propre gouvernement, qu'il doit intervenir contre la France et à côté de l'Allemagne. La France peut le considérer comme un adversaire dangereux, essayer de le convaincre qu'il se trompe, combattre ses agissements par les moyens appropriés. Mais a-t-elle le droit de le punir, sous prétexte qu'il s'est rendu coupable d'un crime contre la sûreté de l'Etat français? Evidemment, en cherchant à exercer une influence sur la politique étrangère de son propre pays, il a usé de son droit incontestable, bien qu'il ait, suivant les termes de l'article 76, pratiqué des manœuvres, entretenu des intelligences avec son gouvernement, pour l'amener à faire la guerre à la France. L'argument de la réciprocité conserve d'ailleurs ici sa valeur. Les amis de la France qui ont entraîné des pays neutres dans la lutte contre l'Allemagne ont-ils commis le crime de haute trahison contre l'Empire allemand et sont-ils justiciables de la cour de Leipzig?

Un troisième exemple est plus convaincant encore (1). La propagande pangermaniste s'est, longtemps avant 1914, donné carrière contre la France; tous les militaires, les marins, les professeurs, les commerçants et les industriels, qui ont excité l'empire allemand à entreprendre la guerre contre la France et ont cherché à lui en fournir les moyens, ont-ils commis un crime contre la sûreté de l'Etat français, et peuvent-ils être condam-

1. Chronique précitée, p. 499.

nés, par les tribunaux français, à la déportation dans une enceinte fortifiée? Une telle affirmation n'aurait pu être sérieusement défendue même dans l'ardeur des hostilités.

Considérons enfin le cas des fabricants d'armes et de munitions qui, dans les pays neutres, ont passé des marchés avec le gouvernement français. Certes, ils ont ainsi pratiqué des intelligences avec le gouvernement français ou ses agents, pour lui fournir les moyens de faire la guerre à l'Allemagne; mais ils n'ont fait qu'agir en conformité des règles du droit international et ne se sont nullement rendus coupables d'un crime de haute trahison envers l'Empire allemand. La réciproque est vraie : les commerçants neutres qui ont fourni au gouvernement allemand des moyens de faire la guerre ne se sont pas rendus coupables d'un crime contre la sûreté de l'état français.

Cette solution serait encore plus certaine si les fabricants d'armes et de munitions avaient été allemands; sans doute la France aurait pu invoquer un précédent allemand : c'est en reprochant à Schnœbelé d'avoir commis en France un crime de haute trahison contre l'empire allemand qu'on avait émis la prétention de le juger en Allemagne, après l'avoir attiré dans un guet-apens pour l'arrêter en territoire allemand. On invoquait alors l'article 4 du Code pénal allemand, conçu dans des termes analogues à ceux de l'article 7 du Code d'instruction criminelle; mais, sur les protestations françaises, la thèse allemande a été écartée.

De tout ce qui précède il résulte qu'il est impossible d'appliquer d'une manière absolue, et en toute hypothèse, l'article 76, malgré la généralité de ses dispositions, à l'attentat commis par un étranger à l'étranger.

§ 5.— LES TEXTES S'APPLIQUENT A TOUS LES ÉTRANGERS,
MAIS SOUS RÉSERVE DU DROIT DES GENS

La solution du problème envisagé déroule de la critique, que nous venons d'instituer, des différents systèmes.

Les théories qui appliquent les articles 76 et suivants aux seuls nationaux, celles qui ne les appliquent aux étrangers que si ceux-ci séjournent en France ou ont perpétré l'attentat sur le territoire français, se révèlent insuffisantes, tant au point de vue des textes qu'à celui de la défense nationale.

La théorie qui étend l'application des textes aux étrangers d'une manière absolue semble commandée par la généralité des dispositions légales elles-mêmes, mais elle aboutit à des conséquences inacceptables.

Y a-t-il un moyen de concilier à la fois les textes, les besoins de la défense nationale et les principes d'indépendances mutuelle des Etats? A cette question il convient de répondre affirmativement. La conciliation est réalisée si l'on accepte, sous réserve du droit des gens, le système qui applique la loi répressive des attentats contre la sûreté extérieure de l'Etat même aux étrangers ayant perpétré leur acte à l'étranger.

Nous ne croyons pas qu'on puisse contester cette solution en se fondant sur le caractère vague du droit des gens et sur les difficultés de sa détermination.

« Le droit des gens, a-t-on dit justement (1), est obligatoire pour les tribunaux criminels français. C'est ainsi par exemple, que le droit pénal français a toujours reconnu l'immunité diplomatique. Or, lorsqu'il s'agit, précisément de crimes commis par un étranger, en temps de guerre, contre l'Etat français, il paraît impossible de ne pas tenir compte des règles et des coutumes du droit des gens. Si on accepte ce principe, on pourra en déduire que le sujet d'une puissance en guerre avec la France ne commet aucun crime contre la sûreté de l'Etat français en servant son pays, pourvu qu'il se conforme aux coutumes du droit des gens ; qu'un neutre ne se rend pas non plus coupable d'aucun crime en usant des droits qui lui appartiennent comme sujet de son propre pays, s'il respecte, dans ses relations avec les belligérants, les règles du droit international public. Et si on objecte l'incertitude de ces règles et leur défaut de sanction, je dis que l'objection est ici sans valeur, puisqu'il appartiendrait aux juges français de les déterminer, et, si elles ont été violées, de prononcer la peine ».

Nous souscrivons pleinement à ces observations et nous estimons que la formule qui vient d'être dégagée résout les questions relatives à la nationalité de l'auteur de l'attentat d'une manière aussi satisfaisante en pratique qu'en logique.

1. *Revue pénitentiaire française, chron. jud.*, 1915-1916, p. 500.

CONCLUSION

Est-il possible, au terme de cette étude, de dégager les idées générales qui doivent présider à l'unification et à la réforme de notre législation répressive de la trahison et de l'espionnage?

L'un des desiderata essentiels de cette refonte devrait être l'établissement d'un critérium, clair et logique, de distinction entre la trahison et l'espionnage. Ce critérium, nous l'avons vu, est celui de la nationalité. Les mêmes actes seront constitutifs d'une trahison, s'ils émanent d'un Français, de l'espionnage, s'ils sont l'œuvre d'un étranger. La discrimination rationnelle du traître et de l'espion est d'autant plus nécessaire que l'acte du premier est un crime, l'acte du second un délit. Opérer cette discrimination, ce sera non seulement faire opération utile à un simple point de vue de science et de méthode, mais encore assurer une équitable répression des faits dont nous nous sommes occupés.

Il est une autre question qui mériterait une révision sérieuse de la part du législateur.

Le caractère politique des crimes contre la sûreté extérieure de l'Etat doit être examiné aussi bien en législation positive qu'en doctrine.

Dans notre droit positif, les crimes dont il s'agit sont frappés de peines politiques, ils sont donc politiques.

Mais, au point de vue doctrinal, ce caractère est très contestable. L'opposition entre les crimes contre la sûreté intérieure et les crimes contre la sûreté extérieure de l'Etat est très frappante.

Objectivement, les crimes contre la sûreté extérieure sont beaucoup plus graves que les crimes contre la sûreté intérieure, puisque les premiers tendent à détruire l'indépendance et même la sécurité de la nation, tandis que les seconds ne tendent qu'à la réforme des institutions sociales ou gouvernementales.

Subjectivement, les premiers impliquent la méconnaissance du devoir de fidélité qui lie le national, envers son pays, c'est-à-dire une profonde immoralité, alors que les seconds peuvent avoir un mobile désintéressé et même louable.

Si les seconds offrent un caractère politique, puisqu'ils visent à changer la structure politique du pays et à en améliorer les institutions, les premiers ne sont-ils pas essentiellement différents, en ce qu'ils ont pour objectif la destruction de la vie nationale elle-même?

Nous sommes ainsi amenés à regarder la trahison et l'espionnage, non comme un crime et un délit politique, mais bien comme un crime et un délit de droit commun. Etant donné que les actes dont il s'agit sont commis durant la guerre ou en vue de la guerre, ils ont toujours un caractère militaire, au sens très large d'actes contraires

à la défense, à la souveraineté, à l'indépendance du pays. Il serait dès lors rationnel d'attribuer toujours aux Conseils de guerre la compétence relative aux crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'Etat.

En ce qui concerne la question de la nationalité du coupable, il serait bon que l'œuvre de révision apportât des règles sûres, également inspirées par le souci de la défense du territoire et par le respect de l'indépendance des Etats.

L'attention du législateur devrait particulièrement porter sur la répression de l'espionnage, qui est aujourd'hui une arme de guerre et d'avant-guerre très perfectionnée.. Une définition complète de l'espionnage est, avant tout, nécessaire. L'espionnage est caractérisé en droit international par la dissimulation ou la clandestinité. L'article 19 de la déclaration de Bruxelles de 1874 porte : « Est espion l'individu qui, agissant clandestinement et sous de faux prétextes, recueille ou cherche à recueillir des informations dans les localités occupées par l'ennemi, et avec l'intention de les communiquer à la partie adverse. » L'article 29 du règlement annexe, à la convention IV de la Haye du 18 octobre 1907, précise en ces termes : « Ne peut être considéré comme espion que l'individu qui, agissant clandestinement ou sous de faux prétextes, recueille ou cherche à recueillir... ».

Mais quel procédé est caractéristique de la clandestinité, et, par suite, de l'espionnage? La loi de 1886 a introduit une conception étroite de ce délit. D'après elle, les manœuvres constitutives de l'espionnage sont limitati-

tivement indiquées : déguisement, faux nom, dissimulation de qualité, de profession ou de nationalité. Mais les projets de loi de 1893 et de 1911 substituent à cette énumération limitative l'expression générique de « manœuvres, moyen quelconque ». Il est à souhaiter, dans l'intérêt de la défense nationale, que cette expression passe dans la loi nouvelle, dont l'élaboration nous a paru désirable.

Vu, le Président de la thèse
DONNEDIEU DE VABRES

Vu : le Doyen
BERTHÉLEMY

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Paris
P. LAPIE

BIBLIOGRAPHIE

DROIT FRANCAIS

- AUGIER et G. LE POITTEVIN. — Traité théorique et pratique de droit pénal militaire.
- COLONIEU. — L'espionnage au point de vue du droit international et du droit pénal français. Thèse Lyon, 1888.
- DONNEDIEU DE VABRES. — Articles dans *Revue internationale de droit pénal*, 1925.
- DETOURBET. — L'espionnage et la trahison. Thèse Paris, 1897.
- GARÇON. — Code pénal annoté, art. 75 et suiv.
- GARRAUD. — Traité théorique et pratique de droit pénal français, 3^e éd., t. 3.
- MUYART DE VOUGLANS. — Lois criminelles.
- PLASSARD. — Evolution de la nature juridique des attentats à la sûreté extérieure de l'Etat, 1924.
- ROUTIER. — L'espionnage et la trahison en temps de paix et en temps de guerre, 1913.
- ROUX. — Note sous Cassation. Sirey, 1911.1.121.

DROIT ALLEMAND

- FREISLEBEN. — Einzelne Fragen aus dem Gebien des Landesverrats und der Spionage (*Z. für gen. St. R.*, 1924, p. 237).
- LIZT (Von). — Droit pénal allemand, trad. Lobstein, 1919.
- ZUBLIN. — Die moderne Spionagegesetzgebung, 1895.

DROIT ANGLAIS

- KENNY. — Esquisse du droit criminel anglais, trad. Paulian, 1921.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	5

CHAPITRE PREMIER

QUALIFICATION DE LA TRAHISON ET DE L'ESPIONNAGE

SECTION PREMIÈRE. — <i>Les textes</i>	17
<i>Première partie.</i> — La trahison	18
<i>Deuxième partie.</i> — L'espionnage	36
SECTION II. — Distinction entre la trahison et l'espion- nage	51
<i>Première partie.</i> — La distinction rationnelle	53
<i>Deuxième partie.</i> — La question en législation po- sitive	64
§ 1. — Le droit allemand	64
§ 2. — Le droit français	71

CHAPITRE II

LA COMPÉTENCE

SECTION PREMIÈRE. — <i>La législation positive</i>	85
<i>Première partie.</i> — Compétence des conseils de guerre en matière d'infractions commises par des mili- taires	86
<i>Deuxième partie.</i> — Compétence des conseils de guerre en matière d'infractions commises par des civils	86
<i>Troisième partie.</i> — Compétence de la Haute Cour.	93
SECTION II. — <i>La question de compétence en législation.</i>	95

CHAPITRE III

LA NATIONALITÉ DE L'AGENT

§ 1. — Les textes ne s'appliquent pas aux étrangers	103
§ 2. — Les textes s'appliquent aux seuls étrangers résidant en France.....	104
§ 3. — Les textes s'appliquent aux seuls étrangers ayant perpétré l'acte en France.....	107
§ 4. — Les textes s'appliquent à tous les étrangers	107
§ 5. — Les textes s'appliquent à tous les étrangers, mais sous réserve du droit des gens	114
CONCLUSION	117
BIBLIOGRAPHIE	121

